Doce Ensayos Por La Dignidad Nacional, La Soberanía Y El Derecho Al Desarrollo (NO AL TLC)

Henry Mora Jiménez

LIBRARY OF PRINCETON

MAY 0 9 2015

THEOLOGICAL SEMINARY

Digitized by the Internet Archive
in 2016

https://archive.org/details/doceensayosporla00mora

Doce Ensayos por la Dignidad Nacional, la Soberanía y el Derecho al Desarrollo (No al TLC)

Colección ECONOMÍA

CONSEJO EDITORIAL

Franz J. Hinkelammert
Pablo Richard
Maryse Brisson
José Duque
Elsa Tamez
Arnoldo Mora
Wim Dierckxsens
Germán Gutiérrez

Doce Ensayos por la Dignidad Nacional, la Soberanía y el Derecho al Desarrollo (No al TLC)

Henry Mora Jiménez

CORRECCIÓN: Guillermo Meléndez
COMPOSICIÓN TIPOGRÁFICA: Lucía M. Picado Gamboa
PORTADA: Marco Hidalgo Molina

382.972.807.3
M827d

Mora Jiménez, Henry
Doce Ensayos por la Dignidad Nacional,
la Soberanía y el Derecho al Desarrollo
(No al TLC)
Henry Mora Jiménez
—1. ed.— San José, Costa Rica: DEI, 2006.
248 pags. ; 17 cms. (Colección Economía)

ISBN 9977-83-150-5

1. TLC.
2. Soberanía.
3. Economía.
4. Nacional.
I. Título.

Hecho el depósito de ley

Reservados todos los derechos

Prohibida la reproducción total o parcial del contenido de este libro

ISBN 9977-83-150-5

© Editorial Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), de la edición en español, San José, Costa Rica, 2006.

© Henry Mora Jiménez, 2006

Impreso en Costa Rica: Lara Segura & Asoc. / (506) 256-1664

PARA PEDIDOS O INFORMACIÓN DIRIGIRSE A:

Asociación Departamento Ecuménico de Investigaciones
Apartado Postal 390-2070
SABANILLA
SAN JOSÉ — COSTA RICA
Teléfonos 253-0229 • 253-9124
Fax (506) 280-7561
Dirección electrónica: asodei@racsa.co.cr
http://www.dei-cr.org

Contenido

Prólogo 15

Capítulo I
El TLC con los EE. UU.
y la "Implementation Act".
La renuncia a ser Nación 19

1. Acuerdos y tratados 19
2. La Ley de Ejecución en los EE. UU.
(Implementation Act) 21
3. Los tratados según nuestra Constitución 23
4. Las implicaciones para la potestad de legislar 25
5. Reformas constitucionales urgentes 27

Capítulo II
TLC, política económica y pluralismo político
(La pretensión de convertir al neoliberalismo
en la ideología oficial del Estado) 29

1. Introducción 29

2. Nuestra Constitución no es neoliberal 32
3. Capacidad de legislar,
Constitución Política y TLC 35
4. El Artículo 50, las "aperturas",
el "adecuado reparto de la riqueza"
y la "solidaridad nacional" 40
5. El TLC sí es neoliberal 43

5.1. El papel del Gobierno y la política económica 45
5.2. Fomento productivo 46
5.3. Empresas públicas y formas de propiedad 48
5.4. Papel de los agentes económicos 49
5.5. Sistema tributario 50
5.6. Sistema financiero 51

5.6.1. El caso de los seguros 52

5.7. Comercio internacional 53
5.8. Tipo de cambio 53
5.9. Movimientos de capitales 54
5.10. Ventajas comparativas y libre mercado 55

Conclusiones 56

Capítulo III
Síntesis de las principales objeciones
a los veintidós capítulos y anexos del TLC 57

Introducción 57
El título 58
El Preámbulo 59
Capítulo Uno: Disposiciones Iniciales 60
Capítulo Dos: Definiciones Generales 61
Capítulo Tres: Trato Nacional
y Acceso de Mercancías al Mercado 62
Capítulo Cuatro: Reglas de Origen
y Procedimientos de Origen 64

Capítulo Cinco: Administración Aduanera
y Facilitación del Comercio 64
Capítulo Seis: Medidas Sanitarias
y Fitosanitarias (MSF) 65
Capítulo Siete: Obstáculos
Técnicos al Comercio (OTC) 65
Capítulo Ocho: Defensa Comercial 65
Capítulo Nueve: Contratación Pública 66
Capítulo Diez: Inversión 68
Capítulo Once: Comercio
Transfronterizo de Servicios 69
Capítulo Doce: Servicios Financieros 70
Capítulo Trece: Telecomunicaciones 71
Capítulo Catorce: Comercio Electrónico 71
Capítulo Quince: Derechos
de Propiedad Intelectual 72
Capítulo Dieciséis: Laboral 73
Capítulo Diecisiete: Ambiental 74
Capítulo Dieciocho: Transparencia 74
Capítulo Diecinueve: Administración
del Tratado y Creación de Capacidades
Relacionadas con el Comercio 74
Capítulo Veinte: Solución de Controversias 75
Capítulo Veintiuno: Excepciones 75
Capítulo Veintidós: Disposiciones Finales 77
Anexos de Medidas Disconformes 77

Capítulo IV
El TLC con los EE. UU.:
Elementos para su discusión
en la Asamblea Legislativa 79

Introducción 79
1. Sobre la estrategia legislativa 81
2. Dos cláusulas de compromiso 82
3. Con respecto al alcance jurídico del tratado 83

4. Sobre el Preámbulo 85
5. Capítulo Uno: Disposiciones Iniciales 88
6. Capítulo Dos: Definiciones Generales 92
7. Capítulo Tres: Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado 93
8. Capítulo Cuatro: Reglas de Origen y Procedimientos de Origen 96
9. Capítulo Cinco: Administración Aduanera 97
10. Capítulo Seis: Medidas Sanitarias y Fitosanitarias 98
11. Capítulo Siete: Obstáculos Técnicos al Comercio 98
12. Capítulo Ocho: Defensa Comercial 99
13. Capítulo Nueve: Contratación Pública 100
14. Capítulo Diez: Inversión 102
15. Capítulo Once: Comercio Transfronterizo de Servicios 111
16. Capítulo Doce: Servicios Financieros 115
17. Capítulo Trece: Telecomunicaciones 117
18. Capítulo Catorce: Comercio Electrónico 118
19. Capítulo Quince: Derechos de Propiedad Intelectual 118
20. Capítulo Dieciséis: Laboral 126
21. Capítulo Diecisiete: Ambiental 128
22. Capítulo Dieciocho: Transparencia 129
23. Capítulo Diecinueve: Administración del Tratado y Creación de Capacidades Relacionadas con el Comercio 130
24. Capítulo Veinte: Solución de Controversias 131
25. Capítulo Veintiuno: Excepciones 132
26. Capítulo Veintidós: Disposiciones Finales 132
27. Anexos de Medidas Disconformes 133

27.1. Sobre el Anexo I 133
27.2. Sobre el Anexo II 133
27.3. Sobre el Anexo III 134

Dos tareas adicionales 135

Capítulo V
Verdades a medias, mentiras y viles mentiras en el debate político-ideológico sobre el TLC 137

Introducción 137
1. Quienes se oponen al TLC son aislacionistas 138
2. Los que se oponen al TLC son nostálgicos del "Estado paternalista" 140
3. Oponerse al TLC es desconocer la importancia clave de la inversión extranjera para un país como Costa Rica 142
4. Quienes se oponen al TLC, lo denuncian falazmente como si se tratara del Apocalipsis 143
5. Si Costa Rica no aprueba y ratifica el tratado habrá efectos devastadores en la economía 144

5.1. ¿Qué tan importantes son la ICC y la CBTPA en la estructura de las exportaciones centroamericanas hacia los EE. UU.? 145
5.2. El caso costarricense visto más de cerca 146
5.3. Los textiles y la CBTPA 148
5.4. ¿Y los empleos en riesgo? 150

6. El TLC: ¿simple instrumento de una política de desarrollo? 152
7. ¿Por qué tanta bulla con este TLC, si ya estamos en la OMC que nos obliga a las mismas disposiciones que el TLC? 154
8. Un TLC similar a los anteriores que ya el país ha aprobado 156
9. Ventajas del TLC: ¿más exportaciones, más inversión extranjera, más empleo? 156
10. Ventajas adicionales del TLC: mayor seguridad jurídica para el comercio y la inversión 164

Capítulo VI
TLC, "libre comercio" y derechos humanos: Del humanismo liberal al antihumanismo globalizado 167

1. Promoción o garantía de los derechos humanos 167
2. Democracia liberal y derechos humanos 170
3. La "flexibilización" de los derechos humanos 171
4. La globalización neoliberal como antihumanismo 175

Capítulo VII
Algunas implicaciones del TLC en el sector salud: Elementos para una reflexión y una acción urgentes 177

Introducción 177
1. La salud y la seguridad social en Costa Rica: un "paciente delicado" 178
2. Los "servicios de salud" no están excluidos del tratado 181
3. Apertura total en el seguro de riesgos del trabajo 182
4. Acceso a medicamentos en riesgo 183
5. Amenazas sobre los sistemas de seguridad y los planes de jubilación 185
6. La CCSS: ¿una institución a contrapelo de los tiempos? 186

Capítulo VIII
Algunas de las principales amenazas del TLC sobre la educación costarricense 189

Introducción 189
1. Nuestra primera y más importante pregunta: ¿Queda la educación pública fuera del tratado? 190
2. Una reserva no es igual a una exclusión 191

3. Algunos posibles efectos indirectos derivados de la total desregulación y mercantilización de la educación privada 194
Conclusiones y reflexión final 196

Capítulo IX
El TLC con los EE.UU. y sus eventuales implicaciones sobre las funciones y potestades de los gobiernos locales en Costa Rica 199

Introducción 199
1. Las municipalidades quedan obligadas a cumplir con los principios y procedimientos de Contratación Pública del Capítulo Nueve 200
2. Obligación de que toda "medida" futura sea conforme con los derechos que los inversionistas extranjeros adquieren en el Capítulo Diez del tratado 202
3. Obligación de que toda medida futura sea conforme con los derechos que los proveedores extranjeros de servicios adquieren en el Capítulo Once del tratado 203
4. Experiencias del TLCAN 204
Conclusión 206

Capítulo X
El TLC y su impacto en las condiciones de vida de las mujeres 207

Introducción 208
1. Aspectos de los TLC (apertura comercial y liberalización de las inversiones) que pueden tener impactos diferenciados en cuanto al género 209

2. ¿Qué incluye el TLC para "proteger" a las mujeres de estos efectos negativos del "libre comercio"? 211

2.1. Capítulo Nueve (Contratación Pública). Anexo 9.1.2 (b)(i) 212
2.2. Capítulos 10 y 11: Medidas Disconformes 214
2.3. Capítulo Dieciséis (Laboral) 214

3. Ignorancia de garantías constitucionales 215

Capítulo XI
El ICE, el TLC y el desarrollo nacional 217

1. Al calor de las reformas privatizadoras 217

1.1. Electricidad 218
1.2. Telecomunicaciones 219
1.3. La red Internet 220

2. El ICE y el desarrollo nacional 221
3. Opciones de modernización en el sector telecomunicaciones: del dogma y los intereses sectoriales a una propuesta con visión de desarrollo 225

Capítulo XII
Elementos para una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo: de cara al TLC y el neoliberalismo 231

1. Introducción 231
2. Una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo 235
3. El caso del "país pequeño" 238
4. El TLC: la renuncia al desarrollo 245

Prólogo

Cuando a mediados del año 2004 se publicó la primera edición de *101 razones para oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos*, el debate formal apenas se iniciaba, ya que no fue sino a principios de ese mismo año cuando se tuvo acceso al primer borrador oficial del texto del tratado. El objetivo de esa publicación fue dar a conocer una serie de análisis críticos detallados, en los siguientes campos, todos ellos fundamentales en la definición de una estrategia de desarrollo: compras públicas (Capítulo Nueve), inversión (Capítulo Diez), servicios transfronterizos (Capítulo Once), laboral (Capítulo Dieciséis) y ambiental (Capítulo Diecisiete). Se incluyeron de igual modo, algunos análisis menos detallados en áreas como la agricultura, la propiedad intelectual y el contexto geopolítico en que se inscribe el tratado.

La elección de esos temas obedeció también, en gran medida, a la importancia central de un conjunto de campos en los que resulta bastante claro que el TLC es mucho más que un simple acuerdo comercial, comprometiendo de manera determinante el norte de las políticas públicas y el estilo de desarrollo para las próximas décadas.

Durante todo el 2005, la discusión del tratado tomó un marcado giro de carácter político-ideológico, quedando claro que para sus proponentes, el TLC es visto como una pieza clave de sus aspiraciones y proyectos políticos y económicos, al representar el proyecto estrella de una estrategia de "modernización capitalista globalizante", es decir, en acople y sumisión con los intereses del gran capital transnacional.

Por otra parte, los críticos del tratado hemos enfatizado las negativas implicaciones sociales que el mismo traería consigo, poniendo en severo riesgo muchos de los logros del llamado Estado Social de Derecho, forjado en la Costa Rica de los años cuarenta y desarrollado hasta finales de los setenta, sobre todo en campos como la salud, la educación y el acceso a otros servicios públicos que tienden a privatizarse cada vez más. Se insiste, además, en los peligros de una inminente desaparición de miles de pequeños y medianos productores agrícolas y empresarios manufactureros, "sacrificables" en nombre de la competitividad y las nuevas alianzas con el capital transnacional.

En línea con lo anterior, estos Doce Ensayos representan una selección de temas y análisis críticos que tuvieron poco o ningún espacio en la obra que les antecede. Algunos de ellos son adecuaciones para la imprenta de conferencias que fui invitado a impartir en distintos foros y mesas redondas; otros, son desarrollos más extensos de algunas áreas en las cuales se ha centrado la discusión y que no fueron tratados con anterioridad. El último de los ensayos se asoma a uno de los temas ausentes en el debate (aunque desde los sectores sociales se han avanzado algunas propuestas preliminares), el de las alternativas al modelo neoliberal, si bien expresa solamente un punto de vista inicial que se pretende desarrollar en un trabajo posterior

Espero que en el conjunto de los textos, el lector crítico pueda encontrar nuevos argumentos de por qué este tratado, tal como fue sumisamente negociado, es rotundamente inconveniente para los intereses del pueblo costarricense, beneficiando con claridad solo a unos pocos sectores exportadores; aunque a la larga, incluso quienes se sienten parte del grupo de los ganadores podrían advertir que la renuncia al desarro-

llo, por un escuálido plato de lentejas, es algo que nos perjudica a todos, pero, desde luego, no en iguales proporciones.

Agradezco al Consejo Editorial del Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), el respaldo ofrecido al asumir la publicación de esta obra, la cual dedico a todos aquellos; hombres y mujeres, agricultores e intelectuales, empresarios y trabajadores, jóvenes y adultos, estudiantes y maestros, que han enarbolado la bandera de esta lucha patriótica por una Costa Rica próspera, pero a la vez, justa y solidaria.

Henry Mora Jiménez
Heredia, enero de 2006

Capítulo I

El TLC con los EE. UU. y la "Implementation Act" La renuncia a ser Nación

1. Acuerdos y tratados

Cuando escribí, en los primeros meses del año 2004, las *101 razones para oponernos al TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos*, premeditadamente elegí como "Razón No. 1" un hecho que me parecía una asimetría jurídica inaceptable: mientras que Costa Rica (y también el resto de los países centroamericanos) aprobaría un *Tratado*, que en nuestro caso, y según se establece claramente en el Artículo 7 de nuestra Constitución Política, tendría "autoridad superior a las leyes", es decir, autoridad superior a cualquier ley interna, actual o futura, que emanara de nuestra Asamblea Legislativa, en los EE. UU. solo se estaría aprobando un "Acuerdo"

(*Agreement*), que según diversas consultas que hicimos a especialistas en Costa Rica, México y los EE. UU., tendría rango *similar* a la legislación estadounidense, ya fuese federal o estatal. Nos quedamos cortos, muy cortos, al grado de que la discusión sobre este punto puede volverse un ejercicio básicamente académico, como ya lo es en los EE. UU. [1].

Efectivamente, en los EE. UU., incluso los tratados *(treaties)* tienen rango similar *(equivalent in status)* a la legislación federal y forman parte de lo que la Constitución de ese país denomina "la Ley Suprema de la Nación" *(the Supreme Law of the Land)*. Esto significa que en el derecho interno de ese país la palabra tratado no tiene el mismo significado que en el derecho internacional, ya que según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado se define

> ...como un acuerdo internacional concluido entre Estados en forma escrita y regido por el derecho internacional, ya sea que el mismo se plasme en un instrumento individual o en dos o más instrumentos relacionados, cualquiera sea su denominación particular [2].

Esto es, en el marco de la Convención de Viena, los nombres diferentes que reciben los tratados (convenios internacionales, acuerdos internacionales, protocolos, pactos, etc.) no tienen significancia legal en el derecho internacional.

Pero en el derecho estadounidense existe una distinción entre los términos *Treaty* (Tratado) y *Agreement* (Acuerdo). La palabra *Treaty* se reserva para un acuerdo negociado "por Recomendación y con el Consentimiento del Senado" [3].

En cuanto a los *Agreements*, existen tres clases de ellos:

---

[1] Cfr: Graeme D. "Blair, Congressional-Executive Agreements, The Treaty, and Balancing Power"; *Political Science Junior Qual*, 10 May, 2005.

[2] Viena Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 311, May 23, 1969, Art. 2, s. 1(a); citado en Marci Hoffman: *Researching U. S. Treaties and Agreements*, May 15, 2001, traducción libre.

[3] Artículo II, sección 2, cláusula 2 de la Constitución, citado en Hoffman, *op. cit.*

1) Los *Executive Agreements*, acuerdos basados en la autoridad Constitucional del Presidente. Estos no son sometidos al Senado y se aplican únicamente en el derecho interno.
2) Los *Congressional-Executive Agreements*, los cuales son aprobados (por mayoría simple) por ambas Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Representantes).
3) Los acuerdos establecidos de conformidad con algún tratado, en donde la autorización respectiva se basa en un tratado previamente ratificado por los EE. UU.

2. La Ley de Ejecución en los EE. UU. *(Implementation Act)*

Lo que el Presidente de los EE. UU. ha firmado con sus homólogos centroamericanos y de República Dominicana, es un *Executive Legislative Agreement*, el cual, como ya habíamos dicho en nuestro libro, no tiene rango superior a la legislación interna estadounidense (como tampoco lo tienen los *treaties*). En su momento, algunos proponentes y defensores del TLC se apresuraron a desmentir estas aseveraciones (compartidas por especialistas en derecho y administración pública) aduciendo que simplemente se trata de maneras diferentes de "internalizar" un acuerdo internacional; pero la duda de fondo queda aclarada por completo al leer la Sección 102 de la *Implementation Act* [4], que por lo demás, vuelve irrelevante la discusión sobre las diferencias entre un *Treaty* y un *Agreement* en los EE. UU. Veamos algunos de los párrafos más reveladores; para mayor claridad, incluimos el original en inglés y nuestra traducción.

---

[4] Nos referimos a la "Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement Implementation Act", aprobado por la Cámara de Representantes poco después de la medianoche del 28 de julio de 2005, por una votación de 217 votos a favor y 215 en contra. Un mes antes había sido aprobado por el Senado en una votación de 54-45, y fue firmado como ley el 2 de agosto.

Texto en inglés	Traducción libre
"Sec. 102. Relationship of the agreement to United States and State Law.	"Sec. 102. Relación del acuerdo con la Legislación de los EE. UU. y con la Legislación Estatal.
(a) Relatioinship of the agreement to United States Law.-	(a) Relación del acuerdo con la Legislación de los EE. UU.
(1) United States Law to prevail in conflict.´- No provision of the Agreement, nor the application of any such provision to any person or circumstance, which is inconsistent with any law of the United States shall have effect.	(1) La Legislación de los EE. UU. prevalece en caso de conflicto. Ninguna disposición del Acuerdo, ni la aplicación de la misma a cualquier persona o circunstancia, que sea inconsistente con cualquier ley de los EE. UU., tendrá efecto.
(2)Construction.-. Nothing in this Act shall be construed- (A) to amend or modify any law of the United States, or (B) to limit any authority conferred under any law of the United States, unless specifically provided for in this Act.	(2) Interpretación.- Nada en esta Ley será interpretado- (A) para enmendar o modificar cualquier ley de los EE. UU., o (B) para limitar cualquier autoridad conferida bajo cualquier ley de los EE. UU., a memos que sea específicamente previsto en esta Ley.
(a) Relation of agreement to State Law.-	(a) Relación del acuerdo con la Legislación Estatal.-
(1) Legal Challenge.- No State law, or the application thereof, may be declared invalid as to any person or circumstance on the ground that the provision or application is inconsistent with the Agreement, except in an action brought by, the United States for the purpose of	(1) Disputa Legal.-. Ninguna legislación Estatal, o su aplicación, puede ser declarada inválida para cualquier persona o circunstancia, sobre la base de que la disposición o su aplicación sea inconsistente con el Acuerdo, excepto en un acto interpuesto por los EE. UU. con el

declaring such law or application invalid.	propósito de declarar inválida tal legislación o su aplicación.
(2) Definition of State Law.- purposes of this subsection, the term "State law" includes- (A) any law of a political subdivision of a State; and (B) any State law regulating or taxing the business of insurance".	(2) Definición de Legislación Estatal.-. Para los propósitos de esta subsección, el término "legislación estatal" incluye- (A) cualquier ley de una subdivisión política de un Estado; y (B) cualquier ley Estatal que regule o grave con impuestos el negocio de los seguros". (*DR-CAFTA Implementation Act, DRAFT*, págs. 6s.).

Como se aprecia clara y contundentemente, la Ley de Ejecución del Acuerdo establece un blindaje contra cualquier posibilidad de que el texto del tratado *(Agreement)* pueda poner en entredicho cualquier pieza de legislación federal, estatal o subestatal en los EE. UU. Bajo estas condiciones —repito— es un hecho irrelevante (al menos para Costa Rica) si la figura jurídica empleada en los EE. UU. es la de un *Treaty* o un *Agreement*, pues el punto central a resaltar es este blindaje que la *Implementation Act* establece de manera tajante.

3. Los tratados según nuestra Constitución

¿Y qué sucede en Costa Rica? Exactamente todo lo contrario. Dos artículos de nuestra Constitución, el 7 y el 105, aceptan que todo acuerdo o convenio internacional que se denomine "tratado público", debidamente aprobado por la Asamblea Legislativa, "tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes" (Art. 7).

Y aunque el Artículo 9 constitucional establece que "Ninguno de los poderes (de la República) puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias" (como la atribución de "dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica", en el caso del Poder Legislativo

(Artículo 121, inciso 1), el 105 acepta limitaciones a la potestad de legislar en "el caso de los tratados", aunque —y esto es importante resaltarlo— "de conformidad con los principios del Derecho Internacional" [5].

Cuando en mayo de 1968 se reformó el anterior Artículo 7 de la Constitución, para darle su redacción actual (creando así la condición jurídica para que Costa Rica aprobara el Tratado General de Integración Económica Centroamericana), es claro que en ese entonces no existía la figura de los "tratados de libre comercio", por lo que la aplicación constitucional a los mismos ha resultado de un simple acto de extensión o extrapolación, al denominar "tratados" a estos acuerdos comerciales. Si como ocurre en los EE. UU., aquí no les llamásemos tratados sino "pactos", o "acuerdos" a estos "Tratados de Libre Comercio", entonces no regiría sobre ellos lo establecido en los Artículos 7 y 105 de la Constitución antes mencionados (aunque sí las obligaciones y derechos de la Convención de Viena).

Luego, estamos ante una renuncia/entrega de soberanía, por lo demás inaudita, que no es recíproca, y precisamente con el país más poderoso del mundo. En la antigua redacción del Artículo 7, previa a la reforma de mayo de 1968, este tipo de actos tendría un nombre preciso: *Traición a la Patria*.

En efecto, el texto original del Artículo 7 disponía que:

> Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria [6].

---

[5] Consúltese al respecto, el artículo "Obligada igualdad en la ratificación" (*La Nación*, 30.09.2005, pág. 30-A), del abogado Juan José Sobrado Chaves, cuya tesis central es que Costa Rica no está obligada (ni los EE. UU. lo exigen) a aprobar un tratado comercial con los EE. UU. en condiciones asimétricas. Más aún, sostiene el licenciado Sobrado Chaves, "no se podría aprobar y entender así el TLC porque iría en contra de reglas imperativas del *jus cogens* internacional, lo que es causal de nulidad de los pactos que las infringen".

[6] Citado en Óscar Hernández, "Los Tratados Internacionales en el derecho Interno de Costa Rica", en Rodríguez Maradiaga y otros, *Roces constitucio-*

Pero dejemos claro lo siguiente, que por lo demás resulta evidente. No objetamos que en acuerdos internacionales de este tipo o de otra naturaleza, se tenga necesariamente que relativizar el concepto tradicional de soberanía (un hecho inevitable); lo inaceptable es la entrega escandalosa y asimétrica de la misma, una verdadera renuncia a ser Nación.

4. Las implicaciones para la potestad de legislar

Ahora debemos comprender las implicaciones de esta inaudita asimetría jurídica. Significa, simple y llanamente, que a excepción de las pocas leyes y decretos reservados en los Anexos de Medidas Disconformes del TLC (Anexos I y III), Listas de Costa Rica); o de las reservas generales y ambiguas establecidas en el Anexo II para los "servicios sociales" y la "industria cultural" (que permite medidas futuras disconformes con el texto del tratado), ninguna nueva ley podrá aprobarse, y ninguna ley ya existente podrá reformarse, si el contenido de la misma es contrario al texto del TLC, o sea, a sus 22 capítulos de parte normativa.

Pero aún más, y esto ya sobrepasa el límite de lo escandaloso, cualquier ley existente en Costa Rica al momento de aprobarse el tratado, si la misma es contraria o contiene artículos contrarios al texto del TLC, podrá ser impugnada (por otro Estado firmante o por una empresa extranjera), y hasta requerirse su derogación, a menos que, como ya indicamos, alguna medida disconforme establezca la salvedad correspondiente.

No obstante, es importante tener muy presente que las reservas establecidas en el Anexo I solamente se pueden modificar para hacerlas más consistentes o conformes con los términos del Tratado. Y una vez que una medida establecida en este Anexo I sea cambiada o eliminada, no puede

---

nales del TLC (CA-USA). *Todavía estamos a tiempo*. San José, Universidad de La Salle, mayo de 2004, pág. 29.

restituirse. Vale decir, las reservas establecidas en este Anexo tienden a ser eliminadas con el tiempo.

Por otra parte, se asegura que la Constitución Política sí tiene superioridad sobre el tratado, sin embargo esto es relativo porque la misma no es automática. Garantizar esta superioridad de nuestro texto constitucional únicamente es posible mediante la vía de declaraciones interpretativas adjuntas al tratado, y desde luego, asegurando que no exista contradicción entre ambos textos, pues de lo contrario se haría necesaria una enmienda o una nueva reserva; lo que a estas alturas exigiría una renegociación del tratado, la cual debería contar con la aprobación de las otras Partes signatarias. Pero en caso de una disputa o controversia, ya sea en el marco del Capítulo 20 (entre Estados) o de la Sección B del Capítulo 10 (entre un inversionista y un Estado), es claro que los miembros del tribunal internacional nombrados para dictaminar sobre la disputa no tomarán en cuenta el texto constitucional, sino el tratado y sus obligaciones colaterales.

En un intento de acallar críticas, los negociadores del COMEX optaron por introducir algunos preceptos constitucionales en el Anexo I, ahora que, esto solo empeora la situación: ¿acaso pretenden que la modificación de los artículos de la Constitución incorporados en el Anexo I quede también sujeta a su conformidad con el mismo tratado?

Así, a diferencia de lo que ocurre en los EE. UU., que en su Ley de Ejecución *(Implementation Act)* blinda su legislación actual y futura, en el caso de Costa Rica renunciamos a ejercer, de una manera inaudita y hasta absurda, las potestades que nuestra Constitución establece para el primer Poder de la República.

Ahora bien, esta potestad de legislar, según el Artículo 105 constitucional, "reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa". Esta potestad es además pilar importante de nuestra soberanía, la cual "reside exclusivamente en la Nación" (Artículo 2). Por eso, insistimos, la renuncia a esta soberanía es la renuncia a ser Nación.

5. Reformas constitucionales urgentes

Antes de aprobar, o siquiera discutir en la Asamblea Legislativa este TLC u otro posterior, que con seguridad se seguirán presentando, es imperativo impulsar una reforma constitucional que modifique la redacción actual de los Artículos 7; 105, 121; inciso 4 y 140, inciso 10 de la Constitución Política.

El 7, y también el 105, porque se hace necesario —tal como ocurre en los EE. UU.— *discernir* entre distintos tipos de acuerdos internacionales. Algunos podrán tener rango superior a la Ley (tratados limítrofes, por ejemplo), otros incluso rango superior a la Constitución (derechos fundamentales del ser humano, en el marco del sistema de las Naciones Unidas, por ejemplo), pero los acuerdos comerciales, cualquiera sea su denominación (tratado, acuerdo), no deberían tener "autoridad superior a las leyes", sino rango similar. Más aún, si tomamos en cuenta que estos "tratados" no son simplemente de comercio, sino que incluyen disposiciones cruciales para la vida institucional del país (criterios obligatorios en materia de compras públicas, nuevos derechos a inversionistas extranjeros, liberalización generalizada de los servicios, públicos y privados, protección a la propiedad intelectual, previsiones en materia de jurisdicción laboral y ambiental, limitaciones al ordenamiento territorial por parte de las municipalidades, entre los más relevantes).

También es muy importante la reforma a los Artículos 121.4 y 140.10, ya que, como ha de corresponder en una *República* (más todavía en tiempos de globalización), el Poder Legislativo debe tener la potestad de orientar las negociaciones de este tipo de tratados que emprende el Poder Ejecutivo. La Asamblea Legislativa debe, en una ley especial, ofrecer los criterios e imponer las restricciones que los miembros del Ejecutivo que negocian estos tratados deben respetar en las negociaciones, por ejemplo, en materia de seguridad alimentaria, seguridad energética, derechos humanos, visión de desarrollo, etc.

Mientras lo anterior no ocurra, Costa Rica debería abstenerse de seguir negociando este tipo de tratados que empe-

ñan la soberanía y son una afrenta a la dignidad nacional. Porque el desarrollo con dignidad no es un lujo, ni siquiera una opción entre otras posibles. El desarrollo con dignidad es el único desarrollo posible.

Capítulo II

TLC, política económica y pluralismo político (La pretensión de convertir al neoliberalismo en la ideología oficial del Estado)

1. Introducción

Según el Artículo 75 de nuestra Constitución Política, "*La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado...*"; y aunque este mismo artículo no impide la libertad de otros cultos, ha sido cuestionado a la largo de décadas por quienes consideran que un Estado laico no debe otorgarle rango constitucional a ninguna religión en particular. Por otra parte, los defensores de este artículo se basan, entre otros argumentos, en que el catolicismo (activo o no) es la religión

mayoritaria de los costarricenses. Sin duda, se trata de un artículo problemático.

¿Pero habrá alguien que se atreva a sugerir que una determinada ideología económica (la síntesis neoclásica, el keynesianismo, el marxismo, el neoliberalismo, etc.), deba ser la ideología económica *del Estado*? Difícilmente, aun cuando en años anteriores se intentó algo similar mediante una propuesta de reforma constitucional denominada "Garantías Económicas" (Expediente Legislativo No. 10.999) [1]. Pues bien, una imposición de este tipo ocurriría, al menos en algunos campos cruciales de la política económica, en el caso de que en Costa Rica se ratifique el TLC con los EE. UU., fundamentalmente por tres razones.

Primero, porque conforme lo establece el Artículo 7 constitucional, todo el conjunto de disposiciones y obligaciones contenidas en el tratado tendrían rango superior a las leyes, tanto sobre las vigentes como sobre las que se vayan a crear o a modificar en el futuro. Siendo así, el tratado se convertiría en un *Tertium Comparationis*, esto es, en una referencia obligada que no podría ser puesta en duda, y ello en un amplísimo espacio de la formación de leyes y políticas públicas: la política comercial, la política de seguridad alimentaria, la política energética, la política industrial, los transportes, las telecomunicaciones, la pesca, la atracción de inversiones, los servicios públicos, los procesos de contratación pública, la salud pública, la educación, los planes de jubilación, la investigación científica, etc., etc.

Segundo, porque como se demostrará más adelante, el TLC no es nada más un acuerdo comercial, sino un megatratado escrito plenamente en clave neoliberal. Tanto los principios teóricos como las recomendaciones de política del neoliberalismo se encuentran a lo largo y ancho del tratado, y lo definen en su conjunto como una decantada pieza de doctrina neoliberal, al mejor estilo de la escuela de Chicago.

---

[1] En las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, varios diputados ultraliberales también pretendieron constitucionalizar un Capítulo de Garantías Económicas, propuesta que fue rechazada.

Tercero, porque aunque en principio nuestra Constitución ostenta un rango superior al tratado, y en cierta medida ello constituye un escudo contra las pretensiones en él contenidas de universalizar el modelo neoliberal, hay en nuestra Constitución (en especial en el Título sobre Derechos y Garantías Sociales) muchos artículos de carácter meramente *programático*, los cuales muy difícilmente pueden ser usados para declarar inconstitucionales aquellas disposiciones del tratado que rozan con los mismos. Lo anterior por cuanto, si bien estos artículos programáticos no son letra muerta, tampoco ofrecen garantías contundentes para cuestionar determinadas disposiciones del tratado. Basta como ejemplo recordar el párrafo primero del Artículo 50 de la Constitución, donde se establece que el Estado debe *procurar* el mayor bienestar y el más adecuado reparto de la riqueza. Lo anterior contrasta con los párrafos segundo y tercero de ese mismo artículo 50, en donde el Estado debe *garantizar* el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es obvio que *procurar* y *garantizar* son obligaciones de muy distinto nivel.

Además, de nada valdría que nuestra Constitución establezca protecciones especiales, por ejemplo, a favor del ambiente o de los derechos sociales, si las mismas no son directamente incorporadas en el tratado mediante reservas o declaraciones interpretativas plenamente reconocidas por las Partes.

Así, y hechas las anteriores aclaraciones, nuestros objetivos en este capítulo son básicamente dos:

a) demostrar, por si hubiese alguna duda, que nuestra Constitución no es neoliberal, sino que permite la ejecución de un relativamente amplio abanico de políticas públicas, siempre que estas se inscriban en el marco capitalista que la propia Constitución establece (capitalismo de reformas); y
b) demostrar, por si otra vez existiese alguna duda, que el TLC sí es un proyecto neoliberal, incluso a ultranza.

Supongo que para más de un lector estas dos verdades no necesitan mayor demostración, son evidentes se diría, no

obstante, en el marco de la confrontación política e ideológica en torno al TLC, es fundamental hacer claras y explícitas estas afirmaciones.

2. Nuestra Constitución no es neoliberal

Es claro e incontestable que la Asamblea Constituyente de 1949 optó por una economía descentralizada o de mercado (capitalismo), garantizando, en el contexto de esta estructura socioeconómica, el derecho de propiedad privada, la libertad de empresa, la libertad contractual y la libertad de trabajo. Pero también puso límites al ámbito del mercado e introdujo principios constitucionales en referencia a la iniciativa pública en la economía; compatibles, claro está, con el modelo económico adoptado. Entre estos límites y principios se encuentran, entre otros: la figura de la empresa pública, las potestades del Estado en materia de política económica y política social, un sistema de partidos en el que prevalece el pluralismo político, y la posibilidad de ejercer una planificación económica indicativa.

En una economía de mercado (o capitalista), la iniciativa privada es la regla, en lo que a la producción y distribución de los bienes y servicios se refiere, mientras que la iniciativa pública es la excepción (con variantes históricas). Así, prevalece la propiedad privada sobre los medios de producción, al tiempo que la libertad de empresa, la libertad de trabajo y la libertad contractual están garantizadas, incluso constitucionalmente. Además, en este marco institucional la planificación económica y social solo puede ser de índole indicativa (no imperativa).

Con respecto a la iniciativa pública, algunas potestades económicas y sociales otorgadas al Estado en nuestra Constitución son, entre otras, las siguientes (entre paréntesis los artículos de la Constitución relacionados con cada ítem) [2]:

---

[2] Resulta evidente que muchos de estos artículos constitucionales serían incompatibles con un "sistema de libre empresa", término que utiliza Milton Friedman para referirse al neoliberalismo. En *Capitalismo y libertad*,

1) Promover la construcción de viviendas de interés social (Artículo 65).
2) Procurar una adecuada distribución de la riqueza (Artículo 50).
3) Organizar y estimular la producción (Artículo 50).
4) Establecer salarios mínimos y regulaciones a la jornada de trabajo (Artículo 56).
5) Apoyar y garantizar el derecho de los ciudadanos a la salud y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Artículos 46 y 50).
6) Proteger a los desocupados y procurar su pronta reintegración al trabajo (Artículo 72).
7) Prohibir los monopolios privados (Artículo 46).
8) Darle protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo (Artículo 71).
9) Establecer los seguros sociales de contribución forzosa y financiamiento tripartito como un beneficio de todos los trabajadores (inicialmente: vejez, enfermedad y maternidad; luego se agregó el seguro contra riesgos profesionales) (Artículo 73).
10) Procurar una política de solidaridad nacional (Artículo 74).
11) Apoyar y financiar la educación pública (Artículos 77 y 78).
12) Crear empresas públicas e instituciones autónomas con independencia administrativa (Artículos 188 y 189).
13) Establecer impuestos y contribuciones nacionales (y entre estos, aranceles sobre las exportaciones e importaciones) (Artículo 121, inciso 13).
14) Detentar la exclusividad de ciertos "bienes propios de la Nación" como las fuerzas que se puedan obtener de las

---

una de sus obras más conocidas, Friedman enumera algunas de las intervenciones estatales que, a su juicio, son contraproducentes para la "libertad de elegir" y tienen que terminar: "Los programas agrícolas, beneficios generales a la vejez, leyes de salario mínimo, legislación a favor de sindicatos, aranceles, reglamentos para concesión de licencias en los oficios y en las profesiones, y así sucesivamente, en lo que no parece tener fin". (*Capitalismo y libertad*. Madrid, Ediciones RIALP, 1966, pág. 243).

aguas de dominio público, el petróleo o los "servicios inalámbricos" (Artículo 121, inciso 14).

15) Promover el progreso de las ciencias y de las artes (Artículo 121, inciso 18).

Por tanto, es obligado preguntarse si algunas de estas potestades se verían disminuidas o socavadas por el TLC; o si a través de la legislación ordinaria o los tratados internacionales pueden instaurarse restricciones radicales al accionar del Estado sin un previo cambio constitucional que lo fundamente.

Lo anterior es de suma importancia, porque si bien nuestra Constitución adopta como "modelo económico" una economía de mercado o capitalista, no sentencia como propia o exclusiva ninguna filosofía económica en particular (liberalismo clásico, keynesianismo, neoliberalismo, etc.), sino que permite una mayor o menor participación del Estado dentro de un rango de variación cuyos límites son, por un lado, una "economía mixta", y por el otro lado, una "economía social de mercado" [3].

En un extremo (economía social de mercado) la política económica discrecional es mínima; en el otro es máxima (economía mixta), siempre que se inscriba en el marco de una economía capitalista. Pero lo importante es recalcar que en ningún caso existe *prohibición* para tal discrecionalidad (por ejemplo, en materia de impuestos, subsidios, aranceles, cuotas, fijación de precios, salario mínimo, control de la oferta monetaria, regulaciones administrativas, etc.); excepto lo establecido en la propia Constitución.

Este "rango de variación" para la política económica discrecional permite y pretende que la alternabilidad en el

---

[3] La "economía mixta" implica una amplia participación del sector público en la actividad económica, incluyendo la propiedad pública y la planificación indicativa con carácter de intervención y redistribución de la riqueza. Su expresión histórica más extendida ha sido el Estado benefactor o Estado desarrollista. En una economía social de mercado, las actuaciones del Estado son de carácter más limitado (Estado liberal subsidiario), privilegiándose la libertad contractual y la sujeción a reglas más estables en materia de política económica.

gobierno de las fuerzas políticas que interactúan en la sociedad, impriman su "sello de gobierno" dentro del marco erigido. Así, el legislador y las autoridades de Gobierno deberán sujetar sus actos a los principios y las normas que conforman el orden económico expresado en la Constitución, por lo que una alteración sustancial del mismo requeriría de un alto consenso entre los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa (votación calificada), o incluso, demandaría un cambio constitucional previo que lo permita.

Este *pluralismo político* está resguardado en el artículo 98 de la Constitución:

> Los ciudadanos tendrán el derecho de agruparse en partidos para intervenir en la política nacional, siempre que los partidos se comprometan en sus programas a respetar el orden constitucional de la República.
> Los partidos políticos expresarán el pluralismo político, concurrirán a la formación y manifestación de la voluntad popular y serán instrumentos fundamentales para la participación política...

Es claro que bajo la hegemonía (incluso dictadura) de un pensamiento único, sea cual sea, este pluralismo político sería severamente socavado o sencillamente anulado: todo gobierno, independientemente de la ideología partidaria que profese, deberá sujetarse al pensamiento único establecido.

3. Capacidad de legislar, Constitución Política y TLC

Si con el TLC se sentenciara la aplicación exclusiva de una determinada política económica (neoliberal), en detrimento de otras opciones, esto definitivamente reñiría con la Constitución, que regula el orden económico solo en sus aspectos esenciales, nunca imponiendo una determinada ideología partidaria como sinónimo de una ideología constitucional. Como bien lo expresó hace ya quince años el maestro Eduardo Ortiz:

> ...si bien toda constitución es expresión de una ideología, no toda ideología puede o debe expresarse en la Constitución. Sólo cabe en una Constitución auténticamente democrática, la ideología del consenso... La sede de esa ideología [partidaria, H. M.] es el programa de cada gobierno y se expresa normalmente, no en la Constitución, sino en la legislación ordinaria y en la administración común... [4].

Luego, resulta claro que mediante la legislación ordinaria o la de los tratados de comercio e inversión (TLC) no se pueden alterar los fundamentos del orden económico establecido en nuestra Constitución, y uno de estos fundamentos es el soporte para los diferentes programas de política económica, dentro de un espectro pluralista relativamente amplio.

El orden económico que resguarda nuestra Constitución solamente es regulado en sus aspectos esenciales, permitiéndole al legislador y a las autoridades de Gobierno de turno, actuar dentro de los límites de discrecionalidad permitidos (liberalismo democrático, capitalismo de reformas); de modo que las distintas fuerzas políticas puedan imprimir su ideología partidaria a la política económica, cuando ejerzan el poder político, con el único límite de respetar los contenidos esenciales de la Constitución. Por tanto, ninguna ley, ni siquiera un tratado, podría atentar contra el pluralismo relativo que la Constitución permite; por ejemplo, mediante prohibiciones expresas de actuación económica que la Constitución garantiza. Tal legislación podría catalogarse de inconstitucional, e iría en contra de una sociedad pluralista y democrática.

Ejemplos evidentes de imposiciones de política económica que a nuestro juicio riñen con las disposiciones constitucionales vigentes, serían, entre otras, las siguientes (a manera de ejemplo, no necesariamente contenidas en el TLC):

1) Prohibir al Estado recurrir a la emisión de moneda a través del Banco Central. Un gobierno determinado

---

[4] Eduardo Ortiz, "Constitución e ideología", en *La Nación*, 16.12.1990, Sección A, pág. 15. Citado en Fernando Castillo Víquez, *Elementos económicos en la Constitución Política*. San José, Juritexto, 1992, pág. 44.

puede auto-imponerse la política monetaria de reducir al mínimo esta emisión, o de reglamentarla de acuerdo con su ideología económica, pero una ley que pretenda prohibir tal emisión en lo sucesivo, sería simplemente inconstitucional.

2) Prohibir al Estado la movilización del encaje legal de los bancos comerciales. De nuevo, un gobierno determinado puede aumentar o disminuir estos encajes, sin embargo no puede suprimirlos como una medida permanente.

3) Prohibir al Banco Central hacerle préstamos al Gobierno. Semejante prohibición exigiría una reforma constitucional.

4) Prohibir al Estado la emisión de títulos valores (bonos de la Tesorería).

5) Prohibir la nacionalización de instituciones financieras.

6) Prohibir en cualquier circunstancia la expropiación de algún tipo de propiedad (por ejemplo, la propiedad extranjera), incluso cuando medien razones de utilidad pública (privilegio que no gozarían otras formas de propiedad).

Supongo que resulta claro que cualquier ley, pero especialmente, un tratado (con rango superior a la ley) que pretendiera arrogarse atribuciones como las arriba enumeradas, violentaría la libertad del legislador de alterar en el futuro una determinada medida de política económica. Con todo, no se trata únicamente de una libertad, sino también de un deber. Ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo pueden renunciar al ejercicio de las funciones que le son propias.

Pues bien, y entrando en materia, entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa se encuentra la siguiente:

> Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales (CP, artículo 121, inciso 13).

Además, es bien conocido el párrafo segundo del artículo 9 de la CP:

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias.

De manera que un tratado que *prohíba* al Estado costarricense:

a) establecer impuestos, y entre estos, aranceles a la importación o exportación de mercancías;
b) otorgar subsidios en las condiciones en que la CP lo permita;
c) imponer restricciones al comercio internacional para que este no sea irrestricto (cuotas, salvaguardias, sobretasas),

no conlleva a una delegación de "funciones que le son propias", sino a la renuncia pura y simple de las mismas. Una cosa es la auto-limitación mediante la legislación ordinaria y otra muy distinta la restricción al ejercicio de la capacidad de acción política del Estado a través de un tratado con rango superior a la ley (super-ley).

Ahora bien, este tipo de renuncias o prohibiciones al accionar del Estado están claramente consignadas en el texto del TLC, por ejemplo, en los artículos 3.3 (Desgravación Arancelaria); 3.4 (Exención de Aranceles Aduaneros), inciso 2; 3.8 (Restricciones a la Importación y a la Exportación), incisos 1 y 2,b; 3.10 (Impuestos a la Exportación); 3.13 (Subsidios a las Exportaciones) y 3.14 (Medidas de Salvaguardia Agrícola).

El "libre comercio" entendido como una supresión radical de instrumentos de política comercial como aranceles, cuotas, sobretasas y salvaguardias, al tiempo que imperan enormes desigualdades reales entre los países, no es un principio económico universalmente aceptado, sino una ideología económica determinada (neoliberalismo). Su incorporación en la legislación económica interna a través de un tratado con rango superior a la ley, es inconsistente con el pluralismo político contenido en nuestra CP (Artículos 95, inciso 7 y 98).

La CP garantiza el derecho (y el deber) que tiene cada gobierno, de acuerdo con su concepción y la realidad concre-

ta imperante, a definir y proponer a la ciudadanía la política económica que considere más conveniente para el país y los mejores intereses de sus habitantes (temas como gasto público, crédito, oferta monetaria, impuestos, aranceles, incentivos, fomento productivo, restricciones a la libre circulación de capitales, etc.). Lo contrario sería un regreso al autocratismo. Si el TLC socava esta libertad, cualquier partido político, o cualquier ciudadano que se sienta afectado, podría presentar una acción de inconstitucionalidad contra este Tratado, en caso de llegar a aprobarse en la Asamblea Legislativa.

Insistimos en este punto: una Constitución democrática toma en cuenta una variedad de ideologías partidarias, permite la circulación de muchas ideologías, sin incorporarlas a su texto, y menos aún, sin hacer suya una en particular.

En resumen:

1) Una ley (o un tratado) no puede eliminar o prohibir con carácter permanente, instrumentos que le permitan a un gobierno, electo democráticamente, ejercer el acto de gobernar. En algunos casos esto sí sería posible, si la ley (o tratado) es aprobada por mayoría calificada.
2) Tampoco puede crear privilegios hacia un determinado tipo de propiedad, en contra de otros.
3) La política no puede reducirse a una simple rutina administrativa, a una supuesta técnica sustentada en un pensamiento único o en una institución totalizada (el mercado).
4) Un gobierno no está obligado a ejercer determinadas regulaciones, pero tampoco lo está a no ejercerlas, mientras la Constitución lo permita (fijación de precios, regulación de la oferta monetaria y del crédito, establecimiento de cuotas y aranceles, etc.). Poder no es sinónimo de deber, pero tampoco de no-poder.
5) Instrumentos necesarios para la existencia y el funcionamiento de cualquier gobierno, sin distinción de ideologías y programas, son precisamente el gasto público, el crédito público, la oferta monetaria, la fijación de impuestos y aranceles, los encajes bancarios, el control

sobre los capitales especulativos, las regulaciones a la inversión (nacional y extranjera), el otorgamiento de incentivos y subsidios, etc. Para gobernar hay que manejarlos con responsabilidad y sabiduría, o mejor dicho, "gobernar es manejarlos" [5]. Sobre esto siempre hubo un alto consenso nacional, ya que es parte de nuestra ideología constitucional.

6) Dada la estructura económica capitalista que rige nuestro ordenamiento social (capitalismo de reformas, Estado social de derecho), la constitución debe ser (relativamente) "neutral" en materia de políticas públicas (y la nuestra lo es), dejando abiertas distintas posibilidades al legislador con el solo límite de observar los preceptos constitucionales.

7) La política económica en particular y las políticas públicas en general, debe ser un asunto de cada gobierno, a quien corresponde darle a la actividad económica la orientación que emerja de su ideología, de sus propuestas a la ciudadanía (por ejemplo, en sus programas electorales) y de las circunstancias por las cuales atraviesa el país, respetando los contenidos esenciales del modelo económico consagrados en la Constitución. Ir más allá de esto requiere alteraciones al texto constitucional, que desde luego, también pueden ser abiertamente planteadas y democráticamente resueltas.

8) Este derecho a gobernar (incluido el derecho a hacer un uso discrecional de la política económica) está consagrado en nuestra Constitución. Violentar este derecho es violentar la Constitución.

4. El Artículo 50, las "aperturas", el "adecuado reparto de la riqueza" y la "solidaridad nacional"

La definición del Estado costarricense como un Estado Social de Derecho, queda plasmada muy particularmente en

---

[5] *Ídem.*

los artículos 50 y 74 de la Constitución; por eso los resaltamos.

El primer párrafo del artículo 50 de la Constitución reza así:

> El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (CP, artículo 50).

Aunque este artículo es de carácter programático, y no establece una nítida garantía constitucional en favor del "mayor bienestar de todos los habitantes", no por ello carece de relevancia, pues sí presenta claramente la prohibición de que el Estado, *con sus actos*, provoque una mayor concentración o desigualdad en la distribución de la riqueza. Esto tiene importancia en relación a los procesos de apertura que el TLC prevé en el campo de los seguros y las telecomunicaciones, en el grado en que estas medidas provoquen una mayor concentración de la riqueza o atenten contra lo consignado en el artículo 74: "...procurar una política permanente de solidaridad nacional".

En efecto, tanto en los casos de los seguros como en las telecomunicaciones, los monopolios establecidos en favor del INS y el ICE pretenden no solo salvaguardar el principio del acceso universal a ambos servicios por parte de la población nacional, sino además procurar el mayor bienestar de todos los habitantes; objetivos que serían altamente improbables de alcanzar en el caso de una apertura en ambos sectores, o al menos, no serían resultado inmediato de cualquier apertura.

En el caso del INS, la apertura planteada es total, con distintos plazos para los diferentes servicios, sin que al parecer exista en ello ninguna contradicción con el artículo 73 constitucional, en lo que al acto mismo de apertura y fin del monopolio se refiere; excepto quizás, en el caso del seguro de riesgos del trabajo. Otra cosa es el posible estrangulamiento del INS que podría resultar de esta apertura, a menos que se fijen límites a los poderes de las empresas aseguradoras privadas, límites que no se contemplan en el mismo tratado (Artículo 11.4, Anexo 12.9.2, Sección H).

El especialista en derecho constitucional, Bernal Arias, ha llamado la atención sobre un posible roce constitucional en lo que atañe a los seguros de riesgos del trabajo, que con claridad son contemplados en el artículo 73 de las Constitución. Igualmente ha señalado que en caso de que el órgano regulador de los seguros sea una entidad diferente a la ARESEP, ello implicaría la creación de una nueva institución autónoma del Estado, lo que demandaría una aprobación por mayoría calificada, conforme lo expresa el artículo 189 (3) de la Constitución [6].

Con respecto al ICE, es evidente que el artículo 121, inciso 14, punto c de la Constitución, permite la explotación de servicios inalámbricos, tanto a la administración pública como a particulares, siempre que estos últimos se concedan

> ...de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado [pero recuérdese que el tratado no tiene fecha de finalización, H. M.] y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

No obstante,

> El Parlamento como órgano soberano que autodetermina sus propios procedimientos y agenda, no está obligado bajo ningún punto de vista a cumplir con ese y otros plazos, aun cuando haya sido por imposición inconstitucional del Poder Ejecutivo como compromiso del Tratado [7].

Lo anterior en relación con el plazo perentorio estipulado en el Anexo 13 para la apertura en telecomunicaciones y el compromiso de los negociadores de dictar una nueva ley para el ICE antes del 31 de diciembre de 2004.

Pero las implicaciones más profundas de dichas aperturas, en relación con posibles roces constitucionales, tienen que ver nuevamente con los artículos 50 y 74 de la Constitu-

---

[6] En Rodríguez Maradiaga y otros, *Roces constitucionales del TLC (CAUSA). Todavía estamos a tiempo*. San José, Ed. ULASALLE, 2004, págs. 94s.
[7] *Ibid.*, pág. 97.

ción, precisamente el primero y el último del Título V, Capítulo Único: *Derechos y Garantías Sociales.*

El artículo 50, como vimos, exige del Estado procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, y el 74 "procurar una política permanente de solidaridad nacional". Se trata, desde luego, de normas programáticas más que de contundentes garantías constitucionales; no obstante, implican obligaciones para el Estado en el marco de un Estado Social de Derecho. Así por ejemplo, una acción estatal en materia del ordenamiento económico y social que directamente vaya en contra del mayor bienestar de todos los habitantes (artículo 50), que se oponga al más adecuado reparto de la riqueza (artículo 50), o que socave la política de solidaridad nacional que demanda el artículo 74, puede ser impugnada por contener roces constitucionales. Un análisis riguroso de los procesos e impactos de ambas aperturas arriba señaladas podría llegar a este resultado, si los principios de acceso universal, solidaridad y justicia social que inspiraron la creación del ICE y el INS y sus respectivos papeles institucionales, no son debidamente resguardados a partir de los cambios propuestos.

5. El TLC sí es neoliberal

¿Pero acaso hay alguna duda? Hace algunos meses fui invitado por un grupo de estudiantes de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica a participar en un debate sobre el TLC, con énfasis en el tema laboral. Compartí la mesa con dos estimables amigos y colegas, uno de afiliación socialcristiana y alto funcionario durante la administración de don Miguel Ángel Rodríguez; el otro de afiliación socialdemócrata, con cargos ministeriales en los gobiernos Arias Sánchez y Figueres Olsen. Ambos respaldaban el TLC.

Al comienzo de mi exposición transmití a los presentes mi punto de vista de que el TLC representa el proyecto estrella de una estrategia de transformación económica y social de claro corte neoliberal, lo que mi colega liberacionista se apresuró a desmentir.

Quiero aclarar —dijo— que es falsa la afirmación que ha hecho Henry, en el sentido de que el TLC es un proyecto neoliberal a ultranza.

En aquel momento mi respuesta se concentró en los contenidos del capítulo 16 del tratado (laboral), tema central del debate convocado ese día. Ahora que, como al parecer muchos profesionales e intelectuales "socialcristianos" y "socialdemócratas" se resisten a ver el TLC como una pieza central de un proyecto neoliberal, trataré en lo que resta de este capítulo de fundamentar mi posición sobre este punto.

Para no especular sobre lo que es o no es el neoliberalismo, tomaré como referencia el decálogo de las políticas neoliberales sugerido ya hace algunos años por el distinguido economista chileno Ricardo French-Davis, en un artículo suyo titulado "Esbozo de un planteamiento neoestructuralista" (*Revista de la CEPAL* No. 34, abril de 1988). Según este autor, las diez recomendaciones de política que articulan al "paradigma neoliberal" son las siguientes:

1) Gobierno pasivo y políticas económicas neutrales.
2) Producción libre de interferencias públicas; redistribución eventual solo ex post, preferentemente en transferencias monetarias.
3) Estado no productor. Privatización de empresas públicas. Hincapié en la empresa privada capitalista.
4) Atomización de los agentes económicos; desestímulos a los sindicatos y las asociaciones profesionales.
5) Sistema tributario neutro, salvo sesgos para promover el ahorro y la inversión privados.
6) Sistema financiero libre, orientador espontáneo de la estructuración de la oferta y demanda de bienes y servicios; tasa de interés flexible, determinada libremente por el mercado. Banco Central autónomo de la autoridad política.
7) Libre comercio. a) apertura indiscriminada y unilateral a todo el mundo; b) arancel nominal uniforme y bajo, lo más cercano posible a cero como objetivo, eliminación de mecanismos para-arancelarios; c) fomento de las expor-

taciones mediante el tipo de cambio y la liberalización de las importaciones.
8) Tipo de cambio único: tasa libre (monetarismo a la manera de Friedman, o de economía cerrada) o fija (enfoque monetario de la balanza de pagos).
9) Los movimientos de capitales, sean créditos o inversión extranjera, deben ser libres y su asignación debe quedar librada al mercado; la inversión extranjera debe competir libremente con los empresarios nacionales, sin restricciones sectoriales.
10) Las ventajas comparativas son definidas y fácilmente identificables en un mercado libre. No hay sectores productivos prioritarios.

Veamos a continuación en qué medida el TLC nos obligaría, con rango superior a la ley, a seguir al pie de la letra algunas de estas "recomendaciones" neoliberales, y como incluso en algunos casos las tesis neoliberales son reforzadas y llevadas a sus extremos en el TLC. Agregamos lo que denominamos "opción a la que se renuncia", para visualizar enfoques alternativos de política económica que son limitados o desechados cuando se otorga rango supra legal al neoliberalismo. Se trata de tesis que bien podríamos catalogar como poskeynesianas, neoestructuralistas o socialdemócratas; y en algunos casos, también, socialcristianas.

5.1. El papel del Gobierno y de la política económica

Propuesta neoliberal:

Gobierno pasivo y políticas económicas neutrales.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

Tres artículos del TLC que enfatizan nítidamente el carácter pasivo del Estado, en lo que a sus potestades de poder

de compra se refiere, son los artículos 9.2, 9.7 y 9.8 del capítulo de Contratación Pública.

El artículo 9.2 obliga al Estado a cumplir con el principio de trato nacional en materia de compras públicas, afectando particularmente a las municipalidades, al ICE y a la CCSS. La excepción establecida en el Anexo para los "programas de apoyo a las pymes" (por lo demás inexistentes), debió extenderse al sector cooperativo y, en general, al denominado sector de economía social. Esta ausencia da cuenta de la renuncia a una estrategia de desarrollo productivo basada en criterios de selectividad, equidad y solidaridad.

En los artículos 9.7 y 9.8 se exige que los criterios de contratación en las licitaciones públicas deben limitarse a aspectos estrictamente mercantiles (precio/calidad), anulando la utilización de otros criterios como el desarrollo productivo, la creación de empleo, la transferencia de tecnología o el respeto a los derechos humanos. Todo esto se refuerza en el artículo 9.9 (Procedimientos de Contratación).

En definitiva, el capítulo nueve del TLC parte de un enfoque antiestatista y socava las posibilidades de orientar las compras gubernamentales en función de objetivos de desarrollo, como muchos gobiernos de los llamados países desarrollados los aplicaron en el pasado.

Opción a la que se renuncia:

Gobierno activo (con independencia de su tamaño) y políticas económicas selectivas. Criterios de licitación no estrictamente mercantiles.

5.2. Fomento productivo

Propuesta neoliberal:

Producción libre de interferencias públicas; redistribución eventual solo *ex post*, preferentemente en transferencias monetarias.

Contenidos y disposiciones del tratado:

Los principios de trato nacional (10.3) y acceso a mercados (11.4) establecidos en los capítulos diez y once del tratado, apuntan en dirección contraria a la posibilidad de una intervención selectiva. Estos principios neoliberales obligan a dar un trato igual o mejor al inversionista extranjero, incluso en aquellas áreas en las cuales los empresarios nacionales están en franca desventaja.

En línea similar se ubica el artículo 10.9, que prohíbe, salvo contadas excepciones, fijar requisitos de desempeño a la inversión extranjera, y que persigan objetivos de desarrollo.

Más limitantes aún resultan los respectivos artículos en el capítulo once (servicios transfronterizos), donde Costa Rica accedió a liberalizar este vasto y estratégico sector de una manera generalizada (enfoque de listas negativas). Similarmente ocurre con el artículo 11.8 (Reglamentación Nacional).

No cuestionamos la incorporación del principio de trato nacional en estos tratados (hoy son moneda común en los acuerdos de comercio e inversión), sino la generalidad de su aplicación y la falta de criterios estratégicos, en cuanto a objetivos y políticas de desarrollo, en las reservas establecidas (Anexo I de Medidas Disconformes).

Pero lo verdaderamente chocante con respecto a este punto, ha sido la aceptación centroamericana de no cuestionar la política estadounidense de subsidios a sus productores internos, lo que representa una obvia "interferencia pública" en los mercados agropecuarios y una amenaza a la existencia de miles de pequeños y medianos productores y campesinos centroamericanos.

Opción a la que se renuncia:

En general, pero en especial en los países en vías de desarrollo, resulta de fundamental importancia la intervención selectiva en el sistema productivo para generar mayor equidad por medio de la satisfacción de las necesidades básicas, el acceso universal a los servicios públicos y la

promoción de actividades que hagan un uso intensivo de mano de obra mediana y altamente calificada.

5.3. Empresas públicas y formas de propiedad

Propuesta neoliberal:

Estado no productor. Privatización de empresas públicas. Hincapié en la empresa privada capitalista.

Contenidos y disposiciones del Tratado:

Las aperturas en seguros (Anexo 12.1.9) y telecomunicaciones (Anexo 13) representan la tácita privatización del ICE y del INS, ya que, aunque no se los traspase al sector privado (será cuestión de tiempo), si obligaría a estas "instituciones públicas de desarrollo" a actuar bajo una lógica de empresa privada (competitividad, eficiencia formal, racionalidad instrumental), aun cuando permanezcan bajo propiedad estatal. De manera similar para el caso de Correos de Costa Rica (Artículo 11.13.1, servicios de envío urgente).

Además, el artículo 11.4 (Acceso a mercados) roza incluso con la garantía constitucional de poder erigir empresas públicas en condiciones de monopolio, principalmente en el campo de los servicios. Esto amerita al menos una "declaración interpretativa" que resguarde el principio constitucional (Artículo 46, párrafo cuarto de la Constitución).

Desde una perspectiva de Bien Común, el propósito de mantener empresas públicas no se reduce a objetivos fiscales o de regulación sectorial, sino asimisno a que estas empresas actúen como instituciones de desarrollo económico y social.

Opción a la que se renuncia:

Pluralismo en las formas de propiedad y gestión, que incluyen empresas públicas activas y líderes en sectores prioritarios, así como diferentes tipos de empresas privadas. Las empresas públicas y privadas se consideran complementarias.

5.4. Papel de los agentes económicos

Propuesta neoliberal:

Atomización de los agentes económicos, desestímulos a los sindicatos y las asociaciones profesionales.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

Renuncia al estímulo preferencial de emprendimientos cooperativos, tanto en el capítulo 9 (criterios de contratación), como en los capítulos 10 y 11 (trato nacional al inversionista extranjero), sin las respectivas excepciones o reservas. Esto a contrapelo del artículo 64 de la Constitución.

Concepto reducido y degenerado de la *legislación laboral*: sustituye libertad sindical (Artículo 61 constitucional) por "derecho de asociación" (16.8). Sustituye la "fuerza de ley [de] las convenciones colectivas de trabajo" (artículo 61, de la Constitución), por el "derecho a organizarse y negociar colectivamente" (16.8).

Fisuras en las potestades de los colegios profesionales: el Anexo 11.9 (Servicios profesionales), pero sobre todo el artículo 11.4 (a) (iv) establece el "Acceso a los Mercados" en el sector de "proveedores de servicios". Si como indican los funcionarios del COMEX, el tratado no implica la apertura en servicios profesionales, ¿por qué entonces las respectivas fichas de medidas disconformes en el Anexo I, si toda medida disconforme tiene el propósito de limitar la desregulación y liberalización contenida en el texto del tratado?

Consejo de Asuntos Laborales sin representación laboral (16.4), con una instancia consultiva opcional.

Participación ciudadana disminuida en el Consejo de Asuntos Ambientales (17.5).

Participación casi inexistente de los ciudadanos en las controversias previstas en los Capítulos Diez (Inversión) y Veinte (Solución de Controversias).

Opción a la que se renuncia:

Desarrollo de organismos intermedios: sindicatos, cooperativas, juntas de vecinos, asociaciones profesionales, etc.

5.5. Sistema tributario

Propuesta neoliberal:

Sistema financiero neutro, salvo sesgos para promover el ahorro y la inversión privados.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

> El Artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización) y el Artículo 10.16 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje) se aplicarán a una medida tributaria que sea alegada como expropiatoria o como violación de un convenio sobre inversión o una autorización de inversión (21.3.6).

Desde luego, cualquier alegato de expropiación indirecta o violación en materia tributaria, será definida por un tribunal internacional.

> ...el Artículo 11.2 (TN) y el Artículo 12.2 (TN), se aplicarán a las medidas tributarias sobre la renta, ganancias de capital, o sobre el capital gravable de las empresas... (21.3.4).
> ...el Artículo 10.9.2, 10.9.3 y 10.9.4 (RD) se aplicará a las medidas tributarias (21.3.5).

Una tributación progresiva sobre la renta queda así en entredicho.

El TLC otorga, en la práctica, rango supralegal a la existencia de un sistema tributario "neutro", tal como lo propugnan los neoliberales.

Por otra parte, la eliminación de aranceles a las importaciones promoverá la ampliación del IVA (ya contenido en el llamado Plan fiscal), un impuesto incluso regresivo.

En todo caso, es urgente una reforma constitucional al artículo 18, para poder darle rango constitucional a la posibilidad de un sistema tributario progresivo.

Opción a la que se renuncia:

Sistema tributario progresivo, redistribuidor de gastos y reasignador de recursos productivos.

5.6. Sistema financiero

Propuesta neoliberal:

Sistema financiero libre, orientador espontáneo de la estructuración de la oferta y demanda de bienes y servicios; tasa de interés flexible, determinada libremente por el mercado. Banco Central autónomo de la autoridad política.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

En el capítulo 12 del TLC (Servicios financieros), se aplican los principios de trato nacional (12.2) y Nación más Favorecida (12.3), al tiempo que en su ámbito de aplicación se incorporan los capítulos 10 y 11. A su vez, en materia de Acceso al Mercado se acuerda no adoptar o mantener limitaciones a los inversionistas de las instituciones financieras.

No obstante, este capítulo presenta protecciones importantes para el sector:

- El trato nacional a los proveedores transfronterizos de servicios se concede mediante una lista positiva, y no, como en el capítulo 11, mediante una lista negativa.
- En materia de nuevos servicios (12.6), las Partes permitirán un nuevo servicio, siempre y cuando no exista la necesidad de medidas legislativas adicionales o la modificación de su ley existente.
- En el Anexo III de medidas disconformes, los bancos privados en Costa Rica quedan obligados a constituirse u

organizarse de conformidad con la legislación costarricense (subsidiarias, no sucursales).

5.6.1. El caso de los seguros

En principio (artículo 12.1), se excluyen los planes de jubilación públicos, los sistemas de seguridad social y aquellas actividades que establecen garantías del Estado, pero tal exclusión dejaría de tener efecto en el momento en que el Estado permita que estos servicios y actividades se ofrezcan en competencia, aunque sea entre entidades públicas. Esto afecta directamente al llamado pilar complementario de los fondos de pensiones, y representa una amenaza contra servicios como los que realiza la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional o la Caja de ANDE.

Con respecto a los seguros sociales administrados por la Caja (Seguro de Salud y Seguro de Enfermedad, Vejez y Muerte), estos parecen quedar asegurados, no por las disposiciones del Tratado (no aplicaciones contenidas en 11.1.6 y 12.1.3), sino por la contundencia de la garantía constitucional (Artículo 73), la cual, sin embargo, debe consignarse con más claridad en el texto del tratado.

No obstante, gracias a la ambivalencia constitucional en cuanto a los seguros contra riesgos del trabajo, los negociadores del tratado incluyeron estos seguros en la retorta del "libre mercado" (Anexo 12.1.9, Sección H).

Opción a la que se renuncia:

Sistema financiero regulado, al servicio del desarrollo productivo, con tasas de interés real reguladas, y con canales de acceso y tasas de interés preferenciales para productores pequeños e incipientes. Banco Central subordinado al Poder Ejecutivo, en un plano similar al de la política fiscal y de desarrollo productivo.

5.7. Comercio internacional

Propuesta neoliberal:

a) Apertura indiscriminada y unilateral, independientemente de las tendencias vigentes en los mercados internacionales.
b) Arancel nominal lo más cercano posible a cero.
c) Fomento de las exportaciones mediante el tipo de cambio y la liberalización de las importaciones; la diversificación de productos y mercados como un resultado espontáneo del libre comercio.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

Renuncia a los aranceles como instrumento de la política comercial: arancel cero como exigencia (capítulo 3).

Ausencia de criterios estratégicos en la lista de excepciones al libre comercio del Anexo 3.2.

Poco o ningún avance en materia de barreras no arancelarias (subsidios, normas anti-dumping, cuotas, medidas sanitarias y fitosanitarias).

Ausencia de trato especial y diferenciado en materia de políticas de desarrollo (artículo 3.3).

Opción a la que se renuncia:

a) Apertura condicionada al funcionamiento de la economía internacional; tratamiento preferencial a países pequeños.
b) Arancel efectivo diferenciado; uso de mecanismos para-arancelarios ante la inestabilidad externa.
c) Subsidios diferenciados compensadores.

5.8. Tipo de cambio

Propuesta neoliberal:

Tasa libre (monetarismo a la manera de Friedman, o de economía cerrada) o fija (enfoque monetario de la balanza de

pagos). El tipo de cambio real de mercado se supone no modificable por el Gobierno, salvo en el corto plazo.

Contenidos y disposiciones en el TLC

Regulación del intercambio de bienes (no así servicios), únicamente en situaciones de emergencia (no para prevenir crisis) (artículo 21.4).

Libre circulación de capitales, incluso los de carácter especulativo (artículo 10.8).

En estas condiciones, el Banco Central de Costa Rica pierde grados de libertad para regular el tipo de cambio real.

Opción a la que se renuncia:

Tipo de cambio real regulado, único o dual, según las diferencias entre el comportamiento del intercambio de bienes y el de servicios, y de los movimientos de capitales; tasa regulada o programada con miniajustes.

5.9. Movimientos de capitales

Propuesta neoliberal:

Los movimientos de capitales, sean créditos o inversión extranjera, deben ser libres y su asignación debe quedar librada al mercado; la inversión extranjera debe competir libremente con los empresarios nacionales, sin restricciones sectoriales.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

Esto queda claramente dispuesto en toda la sección primera del capítulo 10: trato nacional (10.3), libre e irrestricta transferencia de capitales (10.8), protecciones especiales por expropiación indirecta (10.7), considerables limitaciones para exigir requisitos de desempeño (10.9), régimen inversionista-Estado (Sección B del capítulo 1), entre las disposiciones (privilegios) más significativas.

Opción a la que se renuncia

Los movimientos de capitales deben ser regulados para evitar desequilibrios macroeconómicos desestabilizadores; su uso debe ser dirigido a compensar fluctuaciones de los términos del intercambio y a complementar el ahorro nacional; la admisión de la inversión extranjera debe ser selectiva para promover aportes de tecnología, encadenamientos productivos y acceso a mercados externos.

5.10. Ventajas comparativas y libre mercado

Propuesta neoliberal:

Las ventajas comparativas son definidas y fácilmente identificables en un mercado libre. No hay sectores productivos prioritarios.

Contenidos y disposiciones en el TLC:

Liberalización a ultranza en los mercados de bienes, con contadas excepciones (capítulo 3). No obstante, se mantienen importantes barreras no arancelarias para el ingreso de bienes en el mercado de los EE. UU.

Cero distorsiones para el capital transnacional (capítulo 10).

Ninguna flexibilización en cuanto a movilidad de personas.

Insuficiente reconocimiento de las asimetrías (diferencias de tamaño y nivel de desarrollo) y de los costos del ajuste.

En las reservas del Anexo I (sectores a los que no se aplican determinadas obligaciones como trato nacional o acceso a mercados), no se aprecian criterios sustentados en una estrategia de desarrollo, sino más bien, en el cálculo político o el poder de influencia.

Opción a la que se renuncia:

Hay ventajas comparativas difusas, en los sectores con ventajas adquiribles; el desarrollo nacional se basa en esfuerzos de adquisición de ventajas comparativas dinámicas, los que deben ser selectivos.

Conclusiones

Cada quien puede sacar sus propias conclusiones, pero quiero resaltar cuatro que me parecen obligadas:

1) Quienes vean en el neoliberalismo el paradigma más adecuado para encauzar el desarrollo de Costa Rica, tienen en el TLC su "Biblia" neoliberal.
2) Quienes consideren que el neoliberalismo ha tenido logros económicos parciales, aunque a la vez consecuencias sociales devastadoras en América Latina y el Caribe, podrán ver en el TLC la coronación de un modelo económico fracasado.
3) Quienes piensen que el TLC es una especie de "instrumento" de la política de desarrollo, del cual se pueden aprovechar sus oportunidades al tiempo que se enfrentan sus amenazas, tendrían que demostrar que no se trata de una formidable pieza de doctrina neoliberal que determinaría de manera contundente el norte y el contenido de cualquier visión de país que se proponga.
4) Quienes consideren como inaudita la pretensión de convertir una determinada ideología económica (llámese como se llame) en prácticamente la ideología oficial del Estado, deberán oponerse al TLC con todas sus fuerzas y exigir, en nombre del pluralismo político e ideológico que garantiza nuestra Constitución, su rechazo por parte de la Asamblea Legislativa.

Me ubico entre quienes piensan de acuerdo con la última conclusión. Claro que me opongo al neoliberalismo, sin embargo más me opongo a la pretensión de convertirlo en ideología oficial del Estado.

Capítulo III

Síntesis de las principales objeciones a los veintidós capítulos y anexos del TLC

Introducción

El propósito de este documento es presentar una versión resumida y concreta de las principales objeciones al texto negociado del TLC Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana (en adelante, TLC), capítulo por capítulo, con especial referencia al caso costarricense. No se incluye la crítica al proceso de negociación, que también ha sido —con toda razón— severamente cuestionado.

Procedemos con nuestros comentarios capítulo por capítulo, incluyendo el contenido del preámbulo, de los anexos de medidas disconformes y del propio título del tratado. Por limitaciones de espacio, nos concentramos en las objeciones

más importantes o significativas, sin pretender una cobertura exhaustiva de los contenidos ni de las implicaciones del tratado.

El título

Para comenzar, es cuestionable que este texto firmado por los presidentes de los países respectivos el 5 de agosto de 2004, sea un acuerdo de simple "comercio". Lo anterior porque incluye múltiples y cruciales disposiciones relacionadas con los procedimientos de contratación pública, normas que desregulan y favorecen de manera privilegiada la operación del capital extranjero, amplias obligaciones para la liberalización de los servicios, sean públicos o privados, cambios profundos en los sectores de seguros y telecomunicaciones, ampliaciones injustificadas en los derechos de propiedad intelectual a favor de las grandes transnacionales farmacéuticas y agroquímicas, normas referentes a la jurisdicción laboral y ambiental, así como el traslado de importantes potestades de nuestros tribunales de justicia a órganos supranacionales de resolución de controversias privados, ajenos y remotos.

En segundo lugar, es igualmente muy cuestionable que el comercio al cual se refiere el tratado pueda denominarse "libre". Los mercados libres, según la definición de los propios economistas liberales y neoliberales, deben cumplir al menos con los siguientes dos requisitos:

a) nula o mínima interferencia estatal y,
b) ausencia de poder de mercado por parte de las empresas participantes.

¿Cómo hablar de ausencia de interferencia estatal, por ejemplo, en el sector de productos agropecuarios, frente a los mil millones de subsidios diarios que reciben en ayudas directas los productores en los países ricos ($200 millones en los EE. UU.)? ¿Cómo hablar de ausencia de poder de mercado frente al control que ejercen en estos mismos sectores

unas cuantas empresas transnacionales, o ante las prácticas continuadas y muchas veces injustificadas de *dumping* agrícola por parte del gobierno estadounidense? El comercio mundial jamás puede caracterizarse de "libre" comercio, es más bien un comercio administrado, pero no simplemente administrado, sino administrado por las grandes empresas transnacionales, que controlan el 70% del comercio mundial.

En tercer lugar, tampoco es un "tratado" en igualdad de condiciones jurídicas. Todo lo contrario, mientras los EE. UU. aprueban un *Agreement* que ha sido debidamente blindado para garantizar la supremacía de su ley interna, por sobre las disposiciones del *Agreement (Implementation Act)*; en Costa Rica se firmaría un tratado que, según disposición constitucional, tendría "autoridad superior a las leyes", sin discusión alguna (Constitución Política, Artículo 7), limitando severamente la soberanía del Primer Poder de la República para crear o modificar leyes (que deben ser "conformes" con el texto del tratado).

En resumen, no es un tratado (en igualdad de condiciones), no es libre y no es de comercio. ¿Qué es entonces? Se trata del proyecto estrella, como lo han reconocido algunos de sus principales proponentes, de una estrategia de transformación económica, social, institucional y jurídica de este país. Desde luego, no de cualquier estrategia, sino de una de "modernización globalizadora", escrita por entero en clave neoliberal. Políticamente, una transformación socioeconómica y política de centro derecha o de derecha pura y simple, que pone en jaque nuestro (hoy ya deteriorado) Estado Social de Derecho. El TLC es en realidad una pieza muy acabada de doctrina económica neoliberal, y como tendría rango superior a las leyes, sería, ni más ni menos, que una super ley que nos ataría al neoliberalismo en materia de políticas públicas: una verdadera dictadura neoliberal.

El Preámbulo

En los acuerdos comerciales y de inversión, los preámbulos no son jurídicamente vinculantes, en el sentido de que los

mismos no crean obligaciones aplicables y sujetas a los mecanismos de solución de controversias. Su único efecto legal es su posible uso en tales procesos como *guía de interpretación*.

En el caso del TLC, llama la atención que el preámbulo del mismo no incluya, ni siquiera en estas condiciones de generalidad y ambigüedad, referencia alguna a los *derechos humanos*, excepto en materia laboral (cooperación) y ambiental (protección y conservación). En un texto alternativo, no bastaría con incluir una referencia vaga a los derechos humanos, sino aceptar la primacía de estos por sobre los principios del "libre comercio". Por ello es tan importante precisar la supremacía de los artículos constitucionales y de los convenios internacionales sobre la materia que Costa Rica ha ratificado, pues unos y otros tienen (en principio) rango superior al tratado. Estas precisiones podrían adquirir la forma de *declaraciones interpretativas*, en este y en todo tratado comercial ratificado por Costa Rica.

El otro problema del preámbulo es que no introduce de modo explícito el principio de *trato especial y diferenciado*, tal como este se entendía anteriormente en los debates sobre comercio y desarrollo (GATT, UNCTAD, OMC). Solo se menciona el reconocimiento de las diferencias en los niveles de desarrollo y el tamaño de las economías, sin que tal reconocimiento conlleve un trato especial en materia de políticas de desarrollo, que debería ser el punto central, y no simplemente la inclusión de medidas de salvaguardia y plazos diferentes de desgravación arancelaria (enfoque de "nivelación de la cancha").

Capítulo Uno: Disposiciones Iniciales

Todos los objetivos listados en el Artículo 1.2 del TLC se refieren con exclusividad al comercio y la inversión. Ni siquiera se incluyen (no al menos explícitamente) objetivos vinculados con los temas laboral y ambiental (para no hablar de los derechos humanos), a pesar de que el tratado contiene sendos capítulos sobre estos temas. Ya que los objetivos —a diferencia del preámbulo— sí son parte integral del tratado

en todos sus alcances, el Artículo 1.2 debería incluir (al menos) objetivos claros y contundentes relacionados con los derechos laborales y la protección del ambiente.

Otro punto a resaltar es que el artículo 1.1 dispone que las Partes firmantes establecen una "zona de libre comercio", cuando, como hemos visto, se trata de un tratado que con mucho sobrepasa los alcances de un simple acuerdo comercial.

El artículo 1.3 supedita los esfuerzos de integración centroamericana al marco globalizante y anexionista del tratado, y el artículo 1.4 nos advierte, si lo leemos entre líneas y teniendo en cuenta las medidas disconformes establecidas por los EE. UU. (Anexo I), que la aplicación del tratado a los estados en ese país ha sido limitada con amplias medidas proteccionistas en claro favor de estos estados.

Capítulo Dos: Definiciones Generales

En el Anexo 2.1 se ha incorporado una nota (ausente en las dos versiones anteriores) que aclara que la Isla del Coco es parte del territorio de Costa Rica. No obstante, el principal problema en este campo es que la definición de territorio de los EE. UU. (a diferencia de Costa Rica) no incluye su espacio aéreo ni su mar patrimonial, en lo que parece ser un acto de soberanía imperial de esa nación, no considerado para las naciones centroamericanas. Pero no conforme con eso, los EE. UU. se arrogan derechos allende sus mares territoriales (en cualquier parte del mundo) "en lo que se refiere al fondo y al subsuelo marinos y sus recursos naturales", "de conformidad con el derecho internacional y con su Derecho Interno". Recordemos que los EE. UU. no han reconocido la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

Con respecto a la incorporación o no en el tratado de la definición del territorio de Costa Rica consignada en la Constitución, la misma Sala IV se encuentra dividida en esta materia (ver su último voto sobre el TLC con el CARICOM). Ciertamente, el Convenio de Viena sobre Interpretación de Tratados permite que la definición de territorio de las Partes

se ajuste a los objetivos y el ámbito de cada tratado, lo que sin embargo no se expresa claramente en este caso.

Capítulo Tres: Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado

Hay que advertir que la desgravación arancelaria impuesta en este tipo de tratados representa una total "neoliberalización" de la política comercial, ya que no solamente se reducen a cero los aranceles y se reniega de los sistemas de cuotas de una manera radical (aunque los EE. UU. mantienen estos últimos, por ejemplo, para el azúcar), sino que incluso se los *prohíbe*, estableciendo una concepción neoliberal de la política comercial como "la" política del Estado. Solo se fijan períodos de gracia y de transición para ciertos "productos sensibles". Hemos llamado la atención sobre el posible roce constitucional de esta imposición (prohibición de cualquier otra alternativa de política en un marco institucional democrático), lo que choca con el pluralismo político que garantiza nuestra Constitución.

El artículo 3.8 instaura (recordemos que con carácter supra legal) el libre comercio en materia de importaciones y exportaciones, con algunas excepciones que cada país enlista en el Anexo 3.2. En el caso de Costa Rica, no se dispusó en este Anexo ninguna reserva en áreas vitales como las exportación de agua embotellada, la importación y exportación de armas y municiones, los materiales pornográficos o la exportación de objetos de valor arqueológico, para mencionar apenas algunos ejemplos. ¿Qué proceso de consulta hubo para decidir las pocas reservas incluidas en el Anexo 3.2?

Un agravante de lo anterior es que se elimina toda posibilidad de invocar medidas para favorecer el desarrollo económico, las cuales sí están contempladas en el Artículo XVIII del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio). En materia de cuotas, sin embargo, recordemos que los EE. UU. mantuvieron su sistema de cuotas tanto para el azúcar como para el etanol.

En la Sección D (Medidas no Arancelarias) se recogen los compromisos de la Organización Mundial de Comercio

(OMC), pero sin mencionar otras medidas como las restricciones para proteger la balanza de pagos o ayudas para favorecer el desarrollo económico. Al menos deberían considerarse estas medidas para situaciones especiales.

En materia de Agricultura (Sección F), los principales problemas que se han señalado son los siguientes:

—Dadas las enormes asimetrías en subsidios, servicios gubernamentales de apoyo y productividad, los plazos decretados para la desgravación de productos costarricenses en competencia o con sustitutos cercanos, son absolutamente insuficientes. Debieron negociarse otras exclusiones que protejan a los pequeños productores (además de la papa y la cebolla en el caso costarricense).

—Las salvaguardias agrícolas dejarán de aplicarse cuando termine el período de protección arancelaria.

—Los apoyos directos a la producción (subsidios) quedaron fuera de la negociación, favoreciendo nítidamente el interés de los EE. UU. y sin ningún tipo de compensación a cambio.

—En algunos productos como el arroz limpio, el maíz y la carne de cerdo, las cuotas de importación libres de arancel contempladas en favor de las importaciones desde los EE. UU., equivalen, prácticamente, a un acceso libre inmediato. En otros casos, la posibilidad de aplicar la salvaguardia deja un amplio margen a las importaciones procedentes de ese país (maíz amarillo para Nicaragua).

—En el caso del arroz, carne de bovino, carne de cerdo, pollo y lácteos, Costa Rica no podrá aplicar la salvaguardia dentro del período de gracia definido.

—Eventuales problemas de triangulación de productos entre los países centroamericanos, dada la insuficiente armonización arancelaria a la fecha.

—En resumen, la renuncia total a una política de soberanía alimentaria (o una versión en extremo economicista de la misma), con el consiguiente efecto destructivo sobre la agricultura de pequeños productores y la vida rural costarricense.

Capítulo Cuatro: Reglas de Origen y Procedimientos de Origen

Este es un capítulo muy técnico que amerita un análisis muy amplio y a la vez detallado. Nada más advertimos que los procedimientos y las reglas de origen de este capítulo corresponden plenamente a las propuestas presentadas por los EE. UU. en el ALCA, con un detalle en los procedimientos todavía mayor. ¿Propician estas normas de origen el desarrollo de encadenamientos productivos con alto valor agregado nacional, o más bien lo debilitan? Creemos que, en el fondo, lo que estas normas pretenden es consolidar el papel de las economías centroamericanas como economías maquiladoras (apéndices de la estaunidense), estrategia a la que los restantes gobiernos centroamericanos se han acoplado de manera total y sin crítica alguna. De aprobarse el tratado, Costa Rica seguiría y sentenciaría una tendencia semejante.

Capítulo Cinco: Administración Aduanera y Facilitación del Comercio

Se trata de otro capítulo muy técnico, si bien como aspectos a tomar en cuenta podemos citar los siguientes:

a) no contempla la administración del capítulo,
b) no incorpora la adopción y práctica de códigos de conducta y,
c) no considera eventuales conflictos de interés.

Dada la escasa capacidad institucional de los países centroamericanos en esta materia, tendrían que dedicarse enormes recursos para lograr los objetivos propuestos, recursos que en su mayor parte deberán provenir de los presupuestos públicos y no, como debería ser, de la cooperación internacional.

Capítulo Seis: Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)

Una vez más, no se contempla el principio de *trato especial y diferenciado*, más allá de lo selalado en el Acuerdo sobre MSF de la OMC.

Es un capítulo muy general y breve (tres artículos), lo que pone en evidencia la escasa prioridad asignada a los objetivos enunciados al inicio del capítulo, sin agregar nada a nivel bilateral o multilateral más allá de los acuerdos vigentes de la OMC.

Recordemos que aunque según lo negociado en el capítulo tres en materia agrícola, el acceso al mercado estadounidense puede hacerse de forma inmediata en muchos rubros, los estrictos controles de sanidad y calidad usualmente exigidos y recientemente endurecidos (Ley contra el bioterrorismo, por ejemplo), son una limitante fundamental para las exportaciones centroamericanas, como de hecho lo han sido en el pasado (carne de cerdo y de pollo, por ejemplo).

Capítulo Siete: Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)

Al igual que ocurre con el capítulo seis, el siete se adhiere totalmente al acuerdo respectivo de la OMC (Acuerdo OTC), pero sin contemplar acciones precisas y concretas que apunten a conocer, evaluar y desmontar los actuales obstáculos técnicos al comercio entre las partes. En particular aquellos que afectan a las exportaciones centroamericanas (no hay trato especial y diferenciado)

Capítulo Ocho: Defensa Comercial

El principal problema de este capítulo es que nuevamente no contempla un tratamiento preferencial de acuerdo con el tamaño y nivel de desarrollo de las economías, más allá de

las temporales medidas de salvaguardia y sus mecanismos de ejecución (10 años). Los EE. UU. exigieron la regla de la no exclusión, pese a que las exclusiones que el tratado de hecho contiene fueron las exigidas por este país, como en el caso del azúcar, los subsidios y el movimiento de personas (migraciones).

Los capítulos 3 al 8 abarcan la parte propiamente comercial del tratado (unas 100 páginas), y en su conjunto representan beneficios mínimos para Centroamérica, pues en su gran mayoría las preferencias arancelarias negociadas ya están contenidas en la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) y sus reformas, o en los acuerdos del GATT de la OMC.

Costa Rica, por ejemplo, ya goza de un amplio acceso al mercado estadounidense. Así, al 2003, el 93,5% de sus exportaciones ingresaron libres de arancel a los EE. UU., y el 99,9% de las exportaciones ingresaron pagando aranceles menores al 3% (en promedio). Por ello, una negociación verdaderamente exitosa en el campo comercial, debió haber obtenido avances sustanciales en las diversas áreas de las barreras no arancelarias, lo que no ocurrió (subsidios internos, eliminación de cuotas, flexibilización de obstáculos técnicos, aplicación de normas anti-*dumping*).

No obstante, la parte central del tratado se circunscribe a los capítulos 9 al 15, que pasamos a comentar.

Capítulo Nueve: Contratación Pública

En nuestro libro *101 razones para oponernos al TLC*, hemos resumido de la siguiente manera los principales inconvenientes (desde una óptica del desarrollo) que encontramos en este capítulo:

—En la legislación nacional (ley y reglamento de contratación administrativa), los criterios de licitación no son exclusivamente comerciales (de manera obligatoria) como si ocurre en el TLC. Con esto se *prohíbe* que el Estado, en

sus distintos niveles (poder central, instituciones autónomas, municipalidades), pueda utilizar su poder de compra para impulsar metas de desarrollo social y productivo. En este sentido, son en especial críticos los artículos 9.7 y 9.8.

—Los umbrales determinados para acceder a un trato nacional en los EE. UU. son inalcanzables para la inmensa mayoría de las *pymes* costarricenses. No se negoció un verdadero trato especial y diferenciado en esta materia en favor de Centroamérica, tal como sería lo adecuado dados los enormes desniveles de desarrollo entre ambas regiones. Lo único que los EE. UU. aceptaron fue conceder umbrales más altos para la región durante los primeros tres años. ¿Se acabarán las asimetrías a partir del cuarto año? Por supuesto que no.

—De modo inaudito, en el Anexo I de Medidas Disconformes los estados de los EE. UU. resguardan todas sus leyes existentes si estas contravienen las disposiciones del tratado. Esto es una clara asimetría en favor de los EE. UU. La Ley de Implementación reafirma esta asimetría.

—En el anexo del Capítulo Nueve (Sección G), Costa Rica "salva" programas, que por lo demás no existen, en favor de las *pymes*, mientras que los EE. UU. son contundentes y precisos en sus exclusiones, con reservas especiales para sus pequeñas empresas y empresas de minorías. Costa Rica, en cambio, no precisó en este anexo ninguna reserva favorable a los indígenas, las mujeres o en nombre del combate a la pobreza.

—Debe tomarse en cuenta que mucho de lo establecido en este capítulo, afectará igualmente de forma directa a las municipalidades y a instituciones autónomas de tremenda importancia para el país, como la CCSS y el ICE.

Podemos agregar a lo anterior que el tema de la Contratación Pública ni siquiera debió ser introducido en el tratado, ya que se trata de un tema complejo y con múltiples aristas que es mejor negociar multilateralmente, por ejemplo, en el seno de la OMC.

—Este capítulo incluye disposiciones que limitan a los gobiernos en su potestad de canalizar la inversión extranjera hacia metas de desarrollo nacional: restricción sobre controles al capital, obligación de ofrecer trato nacional a los inversionistas extranjeros de manera amplia y con contadas excepciones, prohibiciones al uso de requisitos de desempeño, etc. El problema no es el trato nacional (hoy se lo incorpora en todos estos tratados y acuerdos de inversión), sino la generalidad de su aplicación, sin mayores consideraciones estratégicas acerca de políticas de desarrollo.

—Se acepta, incluso más allá del TLCAN o NAFTA, una definición de inversión sumamente amplia: incluye futuros, propiedad intelectual, licencias y, de modo sorprendente, "la expectativa de obtener una ganancia".

—Se incluye el principio de *expropiación indirecta* (incluso en aspectos tributarios), junto con otros nuevos derechos para las empresas transnacionales.

—Se señala un régimen de solución de controversias inversionista-Estado (además del régimen Estado-Estado del capítulo 20), con lo cual las empresas privadas pasan a ser sujetos activos en un tratado que se supone público.

—Aparecen en este capítulo algunas disposiciones ambiguas supuestamente en favor de la salud y el ambiente, pero bajo la primacía del "libre comercio".

—Se crea un régimen especial de expropiación/indemnización en favor de los inversionistas extranjeros.

—Se incluye el arbitraje forzado favorable al demandante, que conforme el tratado, solamente podrá ser un inversionista extranjero.

—Además, los negociadores del COMEX se habían comprometido durante la fase de negociación a no aceptar la exigencia estadounidense de introducir la expropiación indirecta en el capítulo, lo que al final no pudieron (o nunca pretendieron) sostener. Esto pondría en entredi-

cho medidas de política (salud pública, ambiente, etc.) que a juicio de los inversionistas sean "expropiatorias", tal como ha ocurrido en la experiencia del TLCAN.

Capítulo Once: Comercio Transfronterizo de Servicios

Costa Rica accedió a que la mayoría de los servicios se liberalice mediante la metodología de "lista negativa", lo cual abarca no solo a los servicios actuales, sino incluso a los futuros, es decir, aquellos que actualmente no se suministran en mercado alguno. De paso, muchos de estos servicios pasan a considerarse mercancías, y ya no, derechos.

La apertura negociada (Acceso a mercados), no deja "títere con cabeza", puesto que prohíbe limitaciones en cuanto al número de proveedores, el valor total de los activos y las formas jurídicas que adquieran las empresas. Se trata de un golpe mortal para las empresas cooperativas u otras de economía solidaria, las cuales no podrán recibir ningún trato especial del Estado (por ejemplo, a cambio de objetivos de desarrollo y compromisos solidarios), a menos que sean catalogadas como *pymes*.

Extrañamente, no se incluyeron medidas de salvaguardia respecto al comercio de los servicios, lo que deja el campo abierto para la penetración del capital extranjero libre de regulaciones.

Hay que tomar nota de que la liberalización y apertura negociada abarca sectores cruciales para un desarrollo nacional sostenible, como lo es el campo de la bioprospección, a lo que habría que sumar las concesiones hechas en este campo en el capítulo sobre Inversión.

Debe quedar muy claro que los únicos servicios públicos que fueron expresamente excluidos de este capítulo (y por tanto del tratado), son los "servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales", como el cobro de impuestos o la emisión de moneda, sin embargo esto no excluye servicios públicos como la educación, la salud o la seguridad ciudadana. Ni siquiera la seguridad social (planes

de jubilación), cuando se permita el suministro conjunto por proveedores públicos y privados (El "pilar complementario" contemplado en la Ley del Trabajador). También la bioprospección de nuestra rica biodiversidad pasa a ser un servicio más que se ofrece en el mercado, con ridículas limitaciones (ficha respectiva del Anexo I).

En lo que a servicios profesionales se refiere, estos no fueron excluidos de modo explícito, y su incorporación (esto es, liberalización) únicamente queda limitada por los respectivos anexos de medidas disconformes (Anexo I). ¿Si hubieran sido excluidos, para qué un anexo de medidas disconformes?

Finalmente, y como ya advertimos, ninguna concesión fue hecha por los EE. UU. en el tema migratorio, ni siquiera, como si ocurre en los TLC con Chile y Singapur, en el sector de ejecutivos y profesionales.

Capítulo Doce: Servicios Financieros

Lo más llamativo de este capítulo es la inusual protección (sí, ¡protección!) que se dispone en favor del sistema bancario y financiero nacional. Por ejemplo, la liberalización de los servicios transfronterizos de servicios financieros se negoció bajo el método de lista positiva, al contrario de lo determinado en el capítulo 11 para los otros servicios. Además, los nuevos servicios financieros tendrán curso si las leyes internas lo permiten (también a diferencia de lo definido en el capítulo 11). Tal como lo pidieron los banqueros nacionales, los bancos privados extranjeros tendrán que instalarse según la ley costarricense (subsidiarias y no sucursales), además de que la propia parte normativa incluye medidas cautelares de protección no contempladas para otros sectores.

En resumen, aun cuando reconocemos que tales medidas proteccionistas cobijan tanto al sector público como al privado, lo reprochable es la doble moral que implica: los mismos que sentencian el "libre comercio" para los pequeños agricultores, se recetan medidas proteccionistas en el sector

financiero. ¿Será porque el capital financiero es el que domina la economía de este país?

Desde luego, otro punto crítico de la negociación en este capítulo es la apertura total que se establece en el sector de los seguros, lo que daría al traste con un elemento clave para una política de seguridad social en nuestro país, y muy especialmente, en materia de seguros por riesgos del trabajo.

Capítulo Trece: Telecomunicaciones

La apertura ofrecida en la negociación en materia de telefonía celular, internacional e Internet, es la tácita privatización del ICE. No porque se lo venda directamente al sector privado, sino porque el ICE sería obligado a operar bajo una lógica de empresa privada, aunque permanezca siendo una empresa estatal.

Lo anterior será un obstáculo formidable para que el ICE (en realidad, el país) pueda impulsar exitosamente una política de acceso universal en el campo de las infocomunicaciones, tal como lo ha hecho décadas atrás con el suministro de la electricidad.

Las actuales y futuras desigualdades entre países y dentro de los países no se explican tanto por el desigual acceso a la tierra y al capital, sino por el acceso desigual a la información, a las comunicaciones y al conocimiento. Estando la humanidad a las puertas de una "sociedad del conocimiento", la renuncia a la posibilidad real de ejercer políticas de Estado es este campo, es, inexorablemente, la renuncia al desarrollo.

Capítulo Catorce: Comercio Electrónico

En este pequeño capítulo, lo que los EE. UU. han pretendido y conseguido, es eliminar cualquier clase de barreras al comercio digital: los impuestos se cobrarían sobre el valor del soporte material (el CD, por ejemplo) y no sobre el contenido del producto digital respectivo. Pero más impor-

tante, el capítulo endurece los derechos de propiedad intelectual sobre productos como los programas de cómputo, video, imágenes y otros productos digitalmente codificados. Lo lastimoso es que, a cambio de estas concesiones, que en principio no son discriminatorias si bien en la práctica favorecen al país más desarrollado, Costa Rica no haya planteado ninguna concesión a cambio, ni un trato especial y diferenciado en este campo que sin duda cobrará gran relevancia en los próximos años.

Capítulo Quince: Derechos de Propiedad Intelectual

El tema de mayor discusión nacional acerca de los impactos de este capítulo, ha consistido en reconocer y precisar la forma en que la protección de los datos de prueba y otros aspectos relacionados con las patentes limitarían el acceso a los medicamentos para la población, afectarían el presupuesto de la CCSS y el uso de productos agroquímicos por parte de nuestros agricultores. En el fondo, de lo que se trata es de una clara limitación de la competencia por parte de los productores de genéricos y un fortalecimiento del monopolio de los productos patentados, beneficiando directamente a las grandes transnacionales de ambos sectores. ¿Si no fuera así, para que tantos millones de dólares que estas empresas gastan en *lobby*?

Con todo, hay efectos tanto o más perjudiciales. El acceso de libre mercado a nuestros recursos genéticos impone una severa limitación a la utilización autónoma y sostenible de nuestra rica biodiversidad. El trato contemplado en el tema de los seres vivos va en la línea de patentar plantas y en general seres vivos. En el fondo, esta no es una lucha nacional, sino de la humanidad: evitar el patentamiento y la privatización de la vida.

Por último, y no menos importante, lo que está en juego es el acceso o el monopolio del conocimiento, el arma competitiva fundamental del "nuevo" capitalismo.

Con esto cerramos nuestra revisión a los capítulos 9-15 del tratado, que tal como hemos visto, son los más letales para nuestra integridad como país soberano, porque limitan considerablemente las medidas y políticas en favor del desarrollo y de la justicia social que el país pueda tomar en el futuro, aunque la totalidad de los diputados del Congreso estuvieran de acuerdo en impulsarlas.

Capítulo Dieciséis: Laboral

Los capítulos 16 y 17 han pretendido ser "la zanahoria" del tratado. Su inclusión expresa obedece a una cláusula en tal sentido incorporada en la Ley de Promoción Comercial aprobada por los EE. UU. en 2002, y no a un deseo expreso de los gobiernos centroamericanos, que siempre han temido al *dumping* social y al *dumping* ambiental.

El capítulo 16 parte de una definición demasiado estrecha de lo que en el marco del tratado se entiende y se aplica como "legislación laboral", que deja por fuera la mayoría de nuestros logros históricos en materia de derecho laboral y seguridad social.

Además, en el marco del tratado, una causa de disputa por incumplimiento de una empresa en materia laboral únicamente tiene curso si la misma "afecta el comercio entre las partes" y, desde luego, si se sujeta a la respectiva definición de "legislación laboral" contemplada en el artículo 16.8.

Y cuando se trata de cumplir con la legislación laboral *interna*, las garantías son harto insuficientes y no hay en el texto ningún compromiso de que los países mejoren sus legislaciones y condiciones laborales, más allá de excitativas vagas y sin carácter obligatorio.

En un primer momento, ni siquiera el programa de cooperación contemplado en este capítulo incluía recursos frescos para impulsar dicha cooperación. Ante las dificultades de aprobación del tratado en los EE. UU., el gobierno Bush ha prometido ayuda estadounidense en este campo, lo que ha servido para comprar algunas conciencias, tanto en Centroamérica como en los EE. UU.

Capítulo Diecisiete: Ambiental

La estructura lógica de este capítulo replica la del capítulo 16:

—Una definición de "legislación ambiental" sumamente estrecha, que es la que se aplica en el marco del tratado para dar curso a procedimientos de solución de controversias.
—Garantías insuficientes para el cumplimiento efectivo de la legislación interna.
—Ninguna obligación de elevar las normas ambientales ni de reducir las asimetrías existentes.
—Ausencia de participación efectiva de las comunidades y organizaciones ambientalistas en los procesos de solución de controversias.
—En caso de incumplimientos, la multa contemplada deberá ser cubierta por el Estado (como ocurre asimismo en materia laboral).

Capítulo Dieciocho: Transparencia

La obligación de poner en conocimiento toda medida vigente o en proyecto que pueda afectar el funcionamiento del tratado, así como de publicar a la brevedad cualquier ley, regulación, procedimiento o disposición administrativa que se refiera a cualquier asunto en el tratado, impondrá una presión formidable sobre el uso de los muy escasos recursos públicos a nivel nacional y municipal. Más aún, el incumplimiento de estas obligaciones podría ser utilizado por las empresas transnacionales para reforzar sus alegatos por una medida nacional o municipal que consideren "expropiación indirecta", tal como efectivamente ha ocurrido en algunos casos en el marco del TLCAN (Nivel mínimo de trato).

Capítulo Diecinueve: Administración del Tratado y Creación de Capacidades Relacionadas con el Comercio

Con respecto a este capítulo se ha cuestionado el alcance de las potestades otorgadas a la Comisión de Libre Comer-

cio, la cual podrá incluso aprobar algunas modificaciones al tratado (aranceles, reglas de origen, directrices, anexos al capítulo 9).

Este punto es uno de los principales argumentos (aunque no el único) para justificar la tesis de que un tratado de esta envergadura debería aprobarse en el Congreso por mayoría calificada (38 votos). Otros argumentos adicionales serían: afectación de instituciones autónomas, disposiciones especiales de indemnización por expropiaciones a inversionistas extranjeros, incorporación de la figura de expropiación indirecta y la cláusula inversionista/Estado.

Capítulo Veinte: Solución de Controversias

Respecto a este capítulo, se ha llamado la atención sobre el carácter impuesto y forzado del arbitraje contemplado, lo que roza con la garantía constitucional incorporada en el artículo 43 de nuestra Constitución.

Y a diferencia de la OMC, se carece de instituciones o instancias permanentes para encauzar cualquier controversia.

Los dos puntos anteriores son todavía más válidos en el caso de la sección B del capítulo 10.

Por último, el anexo 20.2 (anulación o menoscabo) abre un portillo enorme para que las empresas transnacionales puedan impugnar medidas gubernamentales que no contravengan el tratado, en campos como contratación pública, los servicios y los derechos de propiedad intelectual.

Capítulo Veintiuno: Excepciones

El Artículo 21.2(b), llamado "seguridad esencial", es una especie de cheque en blanco para que los EE. UU. puedan dejar sin efecto cualquier parte del tratado, invocando razones de seguridad internacional y sus "intereses esenciales en materia de seguridad". Se trata de un punto muy delicado toda vez que después de los acontecimientos del 11 de

septiembre de 2001, los EE. UU. interpretan su "seguridad esencial" con extremada liberalidad.

Esto además cuestiona la pretendida seguridad que, en opinión de los defensores y proponentes del tratado, tendría el acuerdo comercial, a diferencia del trato unilateral concedido en la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC).

Es cierto que el artículo XXI del GATT también contempla excepciones relativas a la seguridad, aun así su inciso c precisa:

> No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que:
> [...]
> c. impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la *Carta de las Naciones Unidas* para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales (énfasis nuestro).

En la redacción del 21.2(b) del TLC, se elimina la referencia a la Carta de las Naciones Unidas, lo que roza con el artículo 48 de nuestra Constitución (la supremacía de los derechos "de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República").

Capítulo Veintidós: Disposiciones Finales

Si bien el artículo 22.2 permite la introducción de enmiendas, estas desde luego deberán ser aceptadas por todas las Partes. En la práctica, esto hace inviable cualquier enmienda a la parte normativa que sea potencialmente perjudicial para nuestro país pero favorable para los EE. UU. Lo más grave es, quizás, que se trata de un tratado no simplemente de comercio, sino de uno que pone un techo a la actuación del Estado y la ciudadanía en muchos campos de la vida nacional cruciales para el desarrollo.

De acuerdo con el 22.4, ninguna Parte podrá hacer reserva alguna sin el consentimiento de las otras Partes. Pero entonces, ¿qué es la sección 102 de la Ley de Implementación, si no un blindaje claro y expreso en favor de la soberanía de los EE. UU.?

El artículo 22.7 define la posibilidad de denuncia al tratado, la que entraría a regir a los seis meses, no obstante deja abierta la posibilidad de que "las partes acuerden otro plazo".

Anexos de Medidas Disconformes

Los anexos I y III de medidas disconformes facultan al Gobierno para mantener una ley o algunos artículos de una ley que sean contrarios (disconformes) al tratado, sin embargo no se permite ampliar la ley ni adoptarla en otros contextos. La ley respectiva queda, por así decirlo, "congelada"; solamente podría modificarse si tal modificación está en regla con las disposiciones del tratado, si bien nunca para ampliar la reserva.

Pero más grave aún: ¿quiénes decidieron y cómo se decidió incorporar en el anexo I cerca de 80 leyes de las más de 8000 vigentes? ¿Se consultó a los interesados, fuesen entidades públicas o agrupaciones privadas? ¿Se consultó al sector cultura, a los defensores del ambiente, al magisterio nacional, a los defensores de los derechos humanos, a los transportistas, a los pescadores, a los artistas, a los científicos, etc., etc.?

En el anexo II se permite la formulación de políticas en el campo de los servicios sociales, aun cuando estas contradigan al tratado. Ahora que, es el propio tratado el que, de manera por lo demás ambigua, define qué debemos entender por servicios sociales, amén del anexo 20.2 antes mencionado (anulación y menoscabo). Se trata de una reserva, no de una exclusión, y no desaplica los artículos 10.5 (Nivel Mínimo de Trato), 10.8 (Transferencias), ni el tristemente célebre 10.7 (Expropiación e Indemnización), que junto con el 10.28 y el Anexo 10-C incluyen la "expropiación indirecta".

Mientras los EE. UU. incluyeron en su lista de reservas los "asuntos relacionados con las minorías", el transporte marítimo, la comunicación por cable y los servicios sociales, increíblemente también establecieron una reserva en acceso al mercado de todas las disposiciones en materia de servicios e inversión que no contravengan el artículo XVI del GATS. Este artículo XVI del GATS es muy similar al 11.4 del TLC, aunque con una gran diferencia: mientras en el TLC la liberalización de los servicios es general (lista negativa), en el XVI del GATS opera mediante una lista que especifica cada país (lista positiva).

Lo anterior es inaudito: mientras Costa Rica queda obligada a liberalizar sus sectores de servicios transfronterizos (excepto los financieros) de modo amplio y general, los EE. UU. se limitan a hacerlo únicamente en correspondencia con su lista específica negociada en el GATS. Increíble, no obstante así fue negociado por el equipo negociador del COMEX.

El sector de servicios es central para una estrategia de desarrollo que evite convertir a Costa Rica en una *maquila republic*, pero difícilmente nuestros negociadores pudieron haber obtenido un "mejor resultado" para impedir nuestras posibilidades de desarrollo. Por esto y por al menos 101 razones más, este TLC es absolutamente inaceptable y debemos exigir que sea rechazado en la Asamblea Legislativa.

Capítulo IV

El TLC con los EE. UU.: Elementos para su discusión en la Asamblea Legislativa [1]

Introducción

El propósito de este documento es ofrecer insumos para fundamentar la discusión legislativa por parte de los diputados que se oponen al TLC con los EE. UU., tal como este fue

[1] Este documento surgió a raíz de una petición hecha, a mediados de noviembre de 2005, por el diputado Rodrigo Alberto Carazo a un amplio grupo de intelectuales críticos del TLC, para que le hicieran llegar a su despacho propuestas de "declaraciones interpretativas" al texto del tratado. Un primer borrador lo presenté a los miembros de una comisión del Partido Acción Ciudadana (PAC) que analizó la estrategia del PAC frente al TLC en el debate legislativo. La versión final (sobre la que se basa el presente texto) fue entregada al grupo parlamentario de diputados (de diversas fracciones) opuestos al tratado.

negociado por el anterior equipo del COMEX [2], sugiriendo un conjunto de recomendaciones de enmiendas, recomendaciones de reservas y declaraciones interpretativas, como detallamos a continuación.

a) *Recomendaciones de enmienda a la parte normativa del tratado.* Según el Artículo 22.2 del tratado, a este se le podrán hacer enmiendas, solo si todas las Partes lo acuerdan por unanimidad. Aquí no nos referimos a esta clase de enmiendas, sino a recomendaciones de modificación del texto del tratado que puedan ser utilizadas por el Poder Ejecutivo en la negociación de un nuevo tratado bilateral con los EE. UU. Y en caso de que el tratado sea dictaminado favorablemente por la mayoría de miembros de la Comisión de Asuntos Internacionales (como es previsible), estas puedan servir para elaborar un Dictamen Negativo de Minoría. Algunas de estas recomendaciones de enmienda surgen a raíz del roce o conflicto del TLC con la Constitución Política; otras objetan ciertos contenidos del Tratado que simplemente resultan inconvenientes para los intereses del país (para la mayoría de sus habitantes). Por tanto, todas las recomendaciones de enmienda aquí sugeridas, deben también analizarse (por los especialistas idóneos) desde la perspectiva de un eventual roce de inconstitucionalidad.

b) *Recomendaciones de reserva.* De acuerdo con el Artículo 22.4, ninguna Parte podrá hacer reservas unilaterales. Entonces, ¿a qué nos referimos? Cuando por motivos de

---

[2] Queda claro que lo que se objeta son los resultados concretos de la negociación, no el hecho mismo de firmar un tratado de comercio e inversión con los EE. UU. Por supuesto, se requiere (entre otros) una alta dosis de astucia y capacidad negociadora para poder negociar un TLC con los EE. UU. que realmente sirva a los objetivos de desarrollo de un país como Costa Rica, sobre todo por la complejidad y los poderosos intereses involucrados en temas como inversión, servicios y propiedad intelectual. Con todo, la primera condición para una buena negociación es contar con una visión de desarrollo compartida y construida sobre la base de acuerdos nacionales entre los diferentes sectores; de lo contrario, la "posición nacional" será en realidad la posición de un determinado sector político y económico.

estrategia de negociación no sea posible o conveniente sugerir la modificación del texto del tratado (en una nueva negociación), se proponen reservas o medidas disconformes para efectos de resguardar los intereses costarricenses. Estas igualmente son recomendaciones del Legislativo al Ejecutivo, o componentes de un Dictamen Negativo de Minoría. Algunas de estas recomendaciones de reserva deben también evaluarse desde la perspectiva de un eventual roce de inconstitucionalidad.

c) *Propuesta de declaraciones interpretativas.* Estas no pretenden modificar el texto del tratado ni sugerir el establecimiento de una reserva, sino sencillamente aclarar confusiones, ambigüedades u oscuridades de algún contenido del tratado respecto de preceptos constitucionales, los cuales, en principio, tienen rango superior al tratado y deben, por tanto, ser salvaguardados de manera explícita.

d) *Acciones para una agenda de desarrollo.* Se trata de propuestas puntuales a tener en cuenta, y que guarden relación con ciertas exigencias u opciones que el tratado determina en áreas específicas de la administración pública que deben ser ampliadas, fortalecidas o renovadas.

1. Sobre la estrategia legislativa

Se parte de que la estrategia parlamentaria de los diputados opuestos al TLC negociado, tiene por objetivo la no aprobación del tratado en su versión actual, y su consiguiente devolución al Poder Ejecutivo con el respectivo paquete de recomendaciones (enmiendas, reservas y declaraciones interpretativas), para que se negocie un nuevo tratado bilateral con los EE. UU. Por supuesto, se pretende asimismo hacer explícitas —en la sede legislativa y de cara a la opinión pública— las muchas inconveniencias del tratado para Costa Rica, tal como ha sido negociado. Por lo anterior es importante que el texto se discuta profundamente, capítulo por capítulo, artículo por artículo. Solo este tipo de discusión puede aceptarse como seria y responsable. Deben hacerse del conocimiento público (con amplia difusión) todas las recomendaciones y declaraciones interpretativas que sean rechazadas

en la Comisión de Asuntos Internacionales: ¿por qué se rechazan, si lo que pretenden es mejorar el tratado en beneficio de los costarricenses?

Esta discusión, artículo por artículo, no impide que su análisis sea estructurado según determinados ejes temáticos, como los siete siguientes:

1) Aspectos generales y administrativos: Capítulos 1, 2, 18, 19, 21 y 22.
2) Acceso a mercados y temas relacionados: Capítulos 3-8.
3) Compras públicas: Capítulo 9 y sus anexos.
4) Inversión y servicios (en general): Capítulos 10-14.
5) Servicios públicos directamente afectados: Anexo al capítulo 12 (Seguros), Anexo al Capítulo 13 (Telecomunicaciones), Artículo 11.13 (Servicios de Envío Urgente).
6) Laboral y ambiental: Capítulos 16 y 17.
7) Solución de controversias: Sección B del Capítulo 10 y Capítulo 20.

Desde un inicio, los diputados de la Comisión de Asuntos Internacionales que objetan el tratado negociado deben hacer explícita su posición de que buscan la negociación de un nuevo tratado bilateral con los EE. UU. Dentro de este marco, las recomendaciones de enmienda, de reserva y las declaraciones interpretativas tienen por objeto desnudar los muchos inconvenientes del tratado tal como fue negociado. En primera instancia deberá buscarse la aprobación de una recomendación de enmienda o de reserva. Como todas estas serán con seguridad rechazadas, entonces deberá buscarse, al menos, la incorporación de declaraciones interpretativas (tantas como sea posible). Los temas relacionados con la agenda de desarrollo también podrán considerarse como recomendaciones al Poder Ejecutivo.

2. Dos cláusulas de compromiso

Los diputados opuestos al TLC negociado, se comprometen a respetar los acuerdos en que los sectores productivos

costarricenses han mostrado conformidad con la negociación lograda en el tratado: textiles y vestido, productos agrícolas de exportación, avícola, carne bovina, representación de casas extranjeras, entre otros. Lo anterior, por más que no siempre se esté de acuerdo con los logros reales de la negociación. En términos (muy) simples podría decirse que el objetivo es: "mantener lo bueno, corregir lo malo".

Los diputados opuestos al TLC negociado se comprometen a no hacer "filibusterismo" parlamentario (al estilo del Movimiento Libertario), mediante la presentación de mociones absurdas y vacías (cambiando nombres y comas a una misma moción, por ejemplo). Con todo, sí asumen la responsabilidad parlamentaria y patriótica de hacer una lectura exegética del texto del tratado, presentando todas las objeciones y propuestas que sean necesarias, revisando artículo por artículo. Queda claro que el "filibusterismo" parlamentario (al estilo libertario), ni siquiera es necesario, ya que la extensión del tratado, su complejidad y sus innumerables inconveniencias e impactos negativos hacen obligatoria dicha lectura exegética. No obstante, si la discusión del tratado se intenta hacer de manera "atropellada" y antidemocrática, los diputados opuestos al TLC tomarán las acciones que consideren necesarias.

En todo caso, se entiende la importancia crucial que tendrá la movilización social para impedir que el tratado sea finalmente aprobado en la Asamblea Legislativa. Dicho lo anterior, entramos en materia.

3. Con respecto al alcance jurídico del tratado

Declaración interpretativa: Costa Rica interpreta, en concordancia y respeto al principio de reciprocidad, eje central del derecho internacional, que el rango jurídico del tratado tendrá en nuestro país el mismo nivel que reciba en la otra Parte [3].

[3] El texto de todas las propuestas que se presentan es provisional. El mismo deberá adaptarse a las exigencias del trámite legislativo y a la normativa jurídica correspondiente.

Véase la Declaración Interpretativa sobre este tema sugerida por el Dr. Bernal Arias: *Convención de Viena de 1969*, que en lo fundamental dice:

> Interprétese que la aprobación de este Tratado se hace bajo los efectos de la aprobación por parte de la República de Costa Rica de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Ley No. 7615, reconociendo, esta Asamblea, que espera de las otras Partes contratantes efectos simétricos en lo que respecta al valor jurídico de los compromisos... [4].

Declaración interpretativa: Mantener la reserva hecha por Costa Rica al momento de la firma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su punto 3, que dice: "En cuanto al artículo 27 [Costa Rica] interpreta que se refiere al derecho secundario, no así a las disposiciones de la Constitución Política" [5].

Nota aclaratoria: Las dos declaraciones interpretativas anteriores son esenciales para dejar fuera de toda duda las eventuales diferencias de alcance jurídico entre un Tratado (en Costa Rica) y un *Agreement* (en los EE. UU.), lo mismo que con respecto a la polémica suscitada por la incorporación de la Sección 102 en la *Implementation Act*. De igual forma, para dejar sentada la superioridad de la Constitución sobre el tratado; la cual hay que hacer explícita siempre que corresponda, puesto que la misma no es "automática". De nada sirve reconocer la superioridad de la Constitución sobre el tratado, si no se hacen explícitos los preceptos constitucionales que podrían estarse lesionando u oscureciendo en distintos artículos del tratado: los miembros de un tribunal internacional (CIADI o UNCITRAL) solamente tomarán en cuenta el texto del tratado, no así la Constitución en cada país.

---

[4] Bernal Arias Ramírez, "Declaraciones interpretativas para estabilizar el CAFTA-DR a nuestro marco constitucional", documento no publicado, recibido por Internet.

[5] Ver nuevamente la Declaración Interpretativa propuesta por el Dr. Bernal Arias, *Convención de Viena de 1969*.

Agenda de desarrollo: Proponer la modificación del Artículo 7 de la Constitución Política (y concomitantemente, también el Artículo 105), para discernir entre distintos tipos de tratados y convenios internacionales. Algunos podrán tener rango superior a la Constitución, otros rango superior a las leyes pero menor a la Constitución. Otros deberán tener rango similar a las leyes.

Otra opción es la propuesta hecha por don Álvaro Montero Mejía y recogida por el diputado Gerardo Vargas, para efectos de garantizar la simetría y reciprocidad en el valor jurídico de los compromisos suscritos en los tratados internacionales.

Agenda de desarrollo: Proponer una modificación de los Artículos 121, inciso 4 y 140, inciso 10 de la Constitución Política, para otorgarle a la Asamblea Legislativa la potestad de orientar los criterios estratégicos en las negociaciones de los tratados internacionales de comercio e inversión que realiza el Poder Ejecutivo (algo similar a la TPA aprobada en 2002 por el Congreso de los EE. UU.).

4. Sobre el Preámbulo

Recomendación de enmienda: Incorporar un párrafo que consigne la superioridad de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, por sobre los valores del "libre comercio" [6]. Esta recomendación deberá reconocer la

[6] El concepto "libre comercio" ha ido variando a lo largo de la historia, y no está exento de ambigüedades políticas e ideológicas. En los siglos XVII y XVIII se lo entendía como sinónimo de libertad de comerciar con cualquier país, voluntariamente o por la fuerza militar. En el siglo XIX se lo presentaba como sinónimo de aranceles bajos, y ya en el siglo XX como libre e irrestricta circulación de mercancías y capitales. No obstante, el libre comercio entendido como erradicación de los aranceles coexiste hoy con importantes y a veces definitorias barreras no arancelarias, como los subsidios o las normas anti *dumping*. Sin embargo, lo más problemático es que el libre comercio entre socios desiguales suele conducir a mayores desigualdades entre las partes, de ahí la necesidad de intervenciones en favor de un trato diferenciado y de un comercio "justo".

más amplia definición de derechos humanos, cubriendo los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, la equidad de género y los derechos en torno a los pueblos y las comunidades indígenas.

Recomendación de enmienda: Incluir un párrafo que haga explícito el principio de trato especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo, y en este caso, de Costa Rica. Este trato especial no debe limitarse a plazos de desgravación arancelaria (períodos de transición) diferentes, sino que asimismo debe permitir acciones afirmativas en materia de políticas de desarrollo (aun cuando no se correspondan con la ideología del libre comercio irrestricto).

Nota aclaratoria: Aunque el trato especial y diferenciado no garantiza una palanca efectiva para el desarrollo, y puede incluso convertirse en una trampa que impide la diversificación productiva, adecuadamente ejecutado sí representa un elemento central en toda negociación comercial, principalmente entre países de desarrollo muy desigual, como es el caso de los EE. UU. y Costa Rica.

El trato especial y diferenciado se originó como una respuesta específica a las preocupaciones e inquietudes de los países menos desarrollados frente a los desafíos que les plantea el comercio internacional. El concepto refleja el reconocimiento de que las economías compiten en condiciones muy desiguales, por lo que no se puede exigir la misma disciplina en el cumplimiento de las reglas a todos los participantes de los acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales.

Los orígenes normativos y conceptuales del trato especial y diferenciado se remontan a la Organización Internacional del Comercio (OIC) y a las teorías del desarrollo que predominaron entre 1950 y 1970, que enfatizaban la existencia de un desarrollo desigual y de una "causación circular acumulativa" que impedía la convergencia en los niveles de desarrollo de los distintos países a través del comercio internacional (Myrdal, Kaldor, Hinkelammert). Se plasmó por primera vez de manera específica en el marco legal planteado en la parte IV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, 1964). Mediante este marco se otorgaron a los países en vías de desarrollo condiciones de

acceso de mercado más favorables y aceptables para algunos de sus productos de exportación. Se afirmó el principio de *no reciprocidad* en el otorgamiento de preferencias comerciales de los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo (discriminación positiva por la no aplicación del trato de nación más favorecida). Asimismo, se reconoció que en el proceso de negociaciones comerciales, los países no tenían por qué cumplir con obligaciones que no fueran compatibles con sus niveles de desarrollo.

No obstante, la Ronda Uruguay, al influjo de las corrientes de pensamiento neoliberal que ya eran dominantes a mediados de los años ochenta, y de las presiones de los grandes países desarrollados, modificó el énfasis en el tratamiento especial y diferenciado. En la normativa de la OMC (heredera y prolongación del GATT), dejó de ser un principio genérico para lograr el desarrollo económico y se transformó en un mecanismo de obtener "mayor flexibilidad" y "plazos más largos" para el cumplimiento de las obligaciones específicas y determinadas de la normativa multilateral, acompañados de compromisos de cooperación técnica por parte de los países desarrollados y de desempeño por parte de los países en vías de desarrollo. El 44% de las disposiciones referentes al trato especial y diferenciado de la OMC están actualmente relacionadas con la flexibilidad en el cumplimiento de las disciplinas y con la extensión en los períodos de tiempo. El concepto original casi ha desaparecido y en la práctica ha sido sustituido por el principio de Trato Nacional.

Esta es, claro está, la posición que impulsa la Oficina del Representante Comercial de los EE. UU., que niega cualquier relevancia y utilidad al trato especial y diferenciado, aceptando únicamente excepciones al Trato Nacional y al principio de reciprocidad (conocidas como "Medidas Disconformes").

El trato especial y diferenciado es uno de los ejes de negociación política que debieron anteceder a las negociaciones técnicas, porque apunta a reconocer las diferencias estructurales entre los EE. UU. y los países de la región.

Ejemplos de trato especial y diferenciado han sido la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) y el Sistema Genera-

lizado de Preferencias (SGP), en los cuales, al menos en el ámbito comercial, los EE. UU. ampliaron unilateralmente el acceso a su mercado a 24 naciones de la Cuenca del Caribe, pero utilizando estas preferencias para alcanzar objetivos económicos y políticos más amplios.

5. Capítulo Uno: Disposiciones Iniciales

Declaración interpretativa: Dado que según lo indicado en el *Artículo 1.1* (Establecimiento de la Zona de Libre Comercio), "Las Partes de este Tratado... establecen una zona de libre comercio", y tomando en cuenta que para la teoría tradicional de la integración económica una zona de libre comercio es la *primera etapa* de un proceso de integración más profunda (Unión Aduanera, Mercado Común), Costa Rica interpreta que nada en este tratado la obliga a continuar en un proceso de profundización de la integración económica con las otras Partes del tratado.

Recomendación de enmienda: En el *Artículo 1.2,* incluir objetivos vinculados con los temas laboral y ambiental (respeto y ampliación de los derechos laborales, conservación y protección del ambiente), ya que solamente se listan objetivos relacionados con el comercio, la competencia, la inversión, los derechos de propiedad intelectual y la cooperación entre las Partes.

Sugerencia: En materia laboral, las disposiciones contenidas en los tratados comerciales y de inversión deben garantizar, sin rodeos, los derechos básicos de los trabajadores y las trabajadoras, crear un fondo para brindar compensaciones a trabajadores y comunidades que sufran la pérdida de empleos, y promover el mejoramiento de los niveles de trabajo y vida de los trabajadores y sus familias. En materia ambiental y de recursos naturales, los gobiernos deberían subordinar las políticas de inversión y comercio a las políticas que den prioridad a la sustentabilidad y protección ambiental. También deberían tener el derecho de dirigir las inversiones hacia actividades ambientalmente sustentables, rechazar la privatización de los recursos naturales, eliminar políticas

que fomenten el uso de la energía de hidrocarburos. El uso de los recursos naturales debe estar al servicio de las necesidades básicas de la gente, y no constituirse en un mero objeto de transacciones mercantiles.

Declaración interpretativa: Los incisos (a), (b) y (c) del *Artículo 1.2* (Objetivos) del tratado, serán interpretados de común acuerdo con las facultades de la Administración, acorde con la Constitución, para fijar y regular precios de bienes y servicios, pues en el ordenamiento jurídico costarricense la libertad de comercio y la libre competencia, si bien garantizadas en la Constitución Política, están sometidas a determinadas restricciones (Artículos 28, 45, 46 y 50 de la Constitución).

Nota aclaratoria: Sobre este importante tema, recordemos (aunque sea solo como referencia), la resolución de la Corte Plena del 27 de noviembre de 1980:

> La libertad de comercio que existe como garantía constitucional [Artículo 46], es el derecho que cualquier persona tiene para escoger, sin restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses. Pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la *fijación de precios* al consumidor, la de *pagar determinados salarios* a los trabajadores y eventualmente la *limitación de ganancias* que se estime conveniente. De modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta... (énfasis nuestros).

Desde luego, esta posibilidad de fijación de precios y salarios por parte de la Administración tiene límites, si esta ocasiona o amenaza con la ruina a los particulares. Sin embargo, lo relevante en este caso es llamar la atención de que tales prácticas están permitidas en el marco de nuestra Constitución Política. Conforme este marco, la acción del Estado debe estar encaminada a garantizar la libertad de empresa; pero, también esa acción debe proteger los derechos de los consumidores y los usuarios de los servicios, según se desprende del párrafo segundo del Artículo 28 y del párrafo cuarto del Artículo 46 de la Constitución. Esto deja

abierta la posibilidad, si las fuerzas políticas en el Gobierno lo consideran conveniente, de utilizar (o no) este tipo de instrumentos de intervención en la economía.

El problema con el TLC es que incorpora disposiciones favorables al libre comercio irrestricto, y con carácter supra legal (sin que una ley ordinaria las pueda contrariar), con lo cual se lesiona la garantía constitucional de poder fijar limitaciones a la libertad de empresa; a menos que esta garantía sea expresamente incorporada en el tratado y reconocida por las otras Partes (medida disconforme, reserva, etc.). De hecho, más que declaraciones interpretativas, en estos casos se requeriría de "medidas disconformes" a fin de salvaguardar preceptos y derechos constitucionales.

Este tipo de razonamientos se podría extender a la potestad estatal de establecer impuestos, aranceles y subsidios, entre otros. Con respecto al tema de los subsidios, es claro que la Constitución los permite, si bien no deben ser permanentes ni constituirse en la principal fuente de ganancias que obtiene un determinado grupo de empresas.

Declaración interpretativa: Con respecto al *Artículo 1.3*, párrafo 1, listar los "otros acuerdos de los que [las Partes] sean parte". Esto, para mayor claridad y transparencia.

Nota aclaratoria: Lo anterior es importante (además de la transparencia) para dejar constancia explícita de aquellos acuerdos internacionales que según se colige del Artículo 48 de la Constitución Política, tienen al menos un rango similar a la Constitución (los llamados en ese artículo "instrumentos internacionales sobre derechos humanos"), teniendo cualquier persona el derecho al recurso de amparo en caso de su violación. De hecho, las Declaraciones Interpretativas que haga Costa Rica no deben limitarse a aclarar eventuales roces con ciertos preceptos constitucionales, sino, además, aquellos relativos a estos "instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República". Esto permitiría abrir aún más el espacio para este tipo de declaraciones (ver ensayo sobre TLC y derechos humanos incluido en este mismo libro).

Recomendación de enmienda (o reserva): El párrafo 2 del *Artículo 1.3*, sobre todo si Costa Rica opta por un tratado

bilateral, pero aunque no sea así, debe revisarse y considerar la posibilidad de precisar una reserva, dado que el TLC tendría rango superior a los instrumentos jurídicos de la integración centroamericana. Aun así, independientemente de lo anterior, pareciera conveniente una reserva que defina algún límite a las últimas palabras de este párrafo: "siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado" (este punto se puede consultar con algún especialista en temas del MERCOMÚN).

Nota aclaratoria: El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), firmado en 1991 por los países centroamericanos, señala que "El Sistema de la Integración Centroamericana es el marco institucional de la Integración Regional de Centroamérica" (Art. 2) y que "La tutela, respeto y promoción de los Derechos Humanos constituyen la base fundamental del Sistema de la Integración Centroamericana" (Art. 4).

Por su parte, el Artículo 35 del Protocolo indica que el mismo prevalece sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana. Esto es, los instrumentos jurídicos de la integración centroamericana se anteponen a otros acuerdos que se refieran a la materia. Siendo el TLC un tratado referido a inversiones y comercio, resulta contraproducente darle preeminencia sobre un marco jurídico más general, como lo es el de la integración centroamericana.

Agenda de desarrollo: Si Costa Rica opta por un tratado bilateral (pero lo mismo si aprueba o rechaza el TLC negociado), deberían ponerse en marcha un conjunto de medidas tendientes a fortalecer la capacidad competitiva de los exportadores nacionales que dirigen sus productos y servicios al mercado centroamericano (cerca del 15% de las exportaciones totales).

Recomendación de enmienda: Sustituir la expresión "incluida su observancia", tal como aparece en el segundo renglón del *Artículo 1.4* (Alcance de las Obligaciones), por una más contundente, como por ejemplo, "incluido su efectivo cumplimiento".

Nota aclaratoria: Una enmienda de este tipo es importante porque para los EE. UU. un "Congressional-Executive Agreement" es un instrumento internacional que afecta únicamente aquellas materias que la Constitución estadounidense coloca bajo la competencia del Presidente y del Congreso, sin influir sobre las que corresponden a los gobiernos estatales.

Al aprobar los EE. UU. un *Agreement* y no un *Treaty*, el mismo no es capaz de imponerse directamente sobre los ordenamientos de los estados de la federación estadounidense, de ahí la inclusión al final del Artículo 1.4 de la expresión "incluida su observancia por parte de los gobiernos estatales". No obstante, hay que recordar que en el Anexo I de Medidas Disconformes, Lista de EE. UU., se desaplican "todas las medidas existentes de todos los estados de los EE. UU., el Distrito de Columbia, y Puerto Rico", desaplicación que afecta los Artículos 10.3 y 11.2, 10.4 y 11.3, 11.5, 10.9 y 10.10. Más aún, la Sección 102 de la *Implementation Act* deja en entredicho la supuesta garantía de aplicación de tal Artículo.

6. Capítulo Dos: Definiciones Generales

Recomendación de enmienda (por roce de inconstitucionalidad): Excluir de la definición de territorio aplicada en el tratado para Costa Rica *(Anexo 2.1)*, su espacio aéreo y su mar territorial, a fin de homologar esta definición con la establecida por los EE. UU.; aclarando, eso sí, que ello no afecta en absoluto la definición del territorio de Costa Rica y su soberanía territorial, tal como se consigna en los Artículos 5 y 6 de nuestra Constitución Política, sino que su único propósito es precisar el alcance territorial válido *para la aplicación del tratado.*

Nota aclaratoria: Habría que valorar, incluso, el carácter de inconstitucionalidad del Anexo 2.1, ya que mientras el territorio de Costa Rica incluye "el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental" (en los cuales, por tanto, el tratado es aplicable), para los EE. UU. comprende solamente

> ...el territorio aduanero de EE. UU... las zonas de comercio extranjeras... y... cualquier zona que se encuentre más allá de los mares territoriales de EE. UU. dentro de la cual... podrá ejercer derechos en lo que se refiere al fondo y al subsuelo marinos y sus recursos naturales,

dejando por fuera su espacio aéreo y su mar territorial (en los cuales, para los EE. UU., no se aplica el tratado). Si por razones de seguridad nacional (presumimos) ese país no permite que su espacio aéreo y marítimo sean parte del tratado, Costa Rica debería considerar una exclusión semejante (principio de reciprocidad).

Esta objeción contrasta con la crítica que se ha venido haciendo al ámbito del territorio en el tratado: en la medida en que el tratado imponga *obligaciones* que se deben respetar en el territorio de cada Parte, la definición de territorio vinculante a los objetivos del tratado debería ser lo menos abarcadora posible, y no al contrario.

7. Capítulo Tres: Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado

Recomendación de reserva: En el *Anexo 3.2* (Trato Nacional y Restricciones a la Importación y Exportación. Sección A: Medidas de Costa Rica), ampliar la lista de mercancías para las cuales no aplicarán los Artículos 3.2 (Trato Nacional) y 3.8 (Restricciones a la Importación y a la Exportación). Ejemplos a tomar en cuenta: armas y municiones, agua envasada, materiales pornográficos, objetos de valor arqueológico, etc. La lista ampliada deberá ser expresamente consultada con los distintos sectores interesados, en especial en los ámbitos educativo, ambiental y cultural.

Recomendación de reserva: Excluir de la negociación del *Capítulo Tres* a los sectores agrícolas y pecuarios costarricenses que resultan perjudicados por el sistema de ayudas internas al productor que se aplica en los EE. UU.: granos básicos y hortalizas, carne porcina y otros (precisar los ítems y partidas arancelarias). Tomar en cuenta la nota hecha

circular por el diputado Gerardo Vargas del PAC, en la cual se denuncia que los EE. UU. en realidad excluyeron 47 líneas arancelarias, mientras Costa Rica solo dos (trato desigual en favor del más fuerte).

Sugerencia: Evaluar la posibilidad de que con este tratado, el Gobierno de Costa Rica esté violentando el Artículo 46, párrafo primero de la Constitución Política, que prohibe actos administrativos (aun cuando fueren originados en una ley) que limiten la "libertad de comercio, agricultura e industria", al obligar a competir a determinados productores nacionales en condiciones muy desventajosas, como es el caso de las importaciones altamente subsidiadas procedentes de los EE. UU. Quizás el sector arrocero esté dispuesto a explorar esta vía, por ser el más directamente perjudicado. El punto central es el siguiente: por estimular una determinada actividad económica (la agricultura de exportación, por ejemplo), el Estado no puede arruinar a otras actividades. En estas condiciones, la utilización de los instrumentos de política económica (como los aranceles o las cuotas de importación), como medio para hacer desaparecer una determinada actividad, constituye una violación clara a la libertad de empresa (y de manera indirecta, a la libertad de trabajo). La defensa de este caso tendría que demostrar las condiciones asimétricas abismales (competencia desleal), como consecuencia de los subsidios en los EE. UU.

Recomendación de reserva: Incluir explícitamente la posibilidad de que Costa Rica pueda seguir aplicando la Salvaguardia Especial Agrícola (SEA) que establece el Artículo 5 del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC. Esto, en relación con una denuncia hecha por el sector arrocero y que aparece en el semanario *Universidad* del 01 de diciembre de 2005.

Recomendación de enmienda: En el *Artículo 3.3* (Desgravación Arancelaria), incorporar la posibilidad de que Costa Rica pueda ejecutar medidas para favorecer el desarrollo económico, según se contempla en el Artículo XVIII del GATT (trato especial y diferenciado).

Recomendación de enmienda: En el *Artículo 3.8*, incorporar la posibilidad de que Costa Rica pueda ejecutar medidas restrictivas al libre comercio de importación y exportación,

para proteger la balanza de pagos (de conformidad con el GATT), o ayudas del Estado para favorecer el desarrollo económico (trato especial y diferenciado).

Nota aclaratoria: Las restricciones a la "libertad de empresa" incorporadas en nuestro texto constitucional (artículos 28 y 50), permiten la ejecución de actos de parte de los poderes públicos (leyes, reglamentos o actos administrativos) con el propósito de defender intereses vitales de la comunidad, incluyendo restricciones a la importación y exportación de productos.

Recomendación de enmienda: Modificar la redacción del *Artículo 3.16* (Mecanismo de Compensación del Azúcar) para hacer explícito que las reducciones compensadas al nivel de importación de azúcar hacia los EE. UU. desde Costa Rica, no podrán hacerse de manera que menoscabe los beneficios esperados del tratado por parte de la industria azucarera costarricense [7].

Nota aclaratoria: Este artículo abre un portillo para compensar a los azucareros estadounidenses, sin embargo no necesariamente se protegen los intereses de los exportadores centroamericanos. Recordemos que en los EE. UU. el azúcar es un producto sumamente "sensible" y que sus productores mostraron una dura oposición al tratado; con todo, este artículo deja abierto un valioso espacio para "maniobrar".

Recomendación de reserva: Incorporar una reserva al *Artículo 3.15* (Medidas de Salvaguardia Agrícola) para que las medidas de salvaguardia agrícola contempladas para los "productos sensibles" de Costa Rica, no dejen de aplicarse cuando concluya el período de desgravación arancelaria o período de transición (o al menos negociar un plazo posterior).

Recomendación de reserva: Incorporar una reserva al *Artículo 3.15* (Medidas de Salvaguardia Agrícola) para que Costa Rica pueda aplicar la Salvaguardia Agrícola Especial Bilateral del TLC al arroz, la carne de bovino y cerdo, al pollo y los lácteos, durante el período de gracia determinado en cada caso (como mínimo, para situaciones de excepción).

---

[7] Renzo Céspedes puede elaborar la redacción de esta enmienda.

Agenda de desarrollo: Para enfrentar eventuales problemas de triangulación de productos entre los países centroamericanos, crear a la mayor brevedad un Sistema Nacional de Administración de Comercio, con representación de los sectores productivos.

Agenda de desarrollo: Emprender las acciones necesarias en materia de políticas de competencia para que las reducciones arancelarias previstas en el tratado puedan tener efecto en el precio final que paga el consumidor, y no se limiten a engrosar las ganancias de los importadores y grandes distribuidores.

Agenda de desarrollo: Realizar de inmediato los estudios necesarios para determinar el verdadero impacto de la desgravación arancelaria resultante del tratado en los ingresos fiscales del Estado costarricense, y proponer las medidas de reforma fiscal y tributaria pertinentes [8].

8. Capítulo Cuatro: Reglas de Origen y Procedimientos de Origen

Recomendación de enmienda: Modificar la redacción del *Artículo 4.14* (Consultas y Modificaciones), para hacer explícito que las modificaciones a las reglas de origen señaladas en el Anexo 4.1, no podrán hacerse de manera que menoscabe los beneficios esperados del tratado por parte de la industria textil costarricense.

Nota aclaratoria: Este artículo abre un portillo para que las modificaciones a las reglas de origen (que podría hacer la Comisión de Libre Comercio) puedan perjudicar a las partes centroamericanas. (Recordemos que en los EE. UU. los textiles son grandemente "sensibles" y que una modificación de este tipo ya, de hecho, se efectuó para poder aprobar la *Implementation Act* en la Cámara de Representantes).

Agenda de desarrollo: Emprender las políticas industriales y tecnológicas necesarias para garantizar que las amplias normas de origen consignadas en el Capítulo Cuatro del

[8] Hay estudios de la CEPAL y del FMI que se pueden tomar en cuenta.

Tratado (con excepción del campo de textiles y prendas de vestir), sean aprovechadas en Costa Rica para generar encadenamientos productivos y empleos de calidad.

Agenda de desarrollo: Ante la liberalización inminente del mercado mundial de textiles y vestuario (el mantenimiento de algunas cuotas a la importación de prendas chinas vence en marzo de 2007), es urgente fortalecer el proceso de reconversión de este sector, orientando sus exportaciones hacia nichos cuya competitividad no dependa básicamente de restricciones cuantitativas al comercio, ni del acceso preferencial al mercado estadounidense. Pero téngase en cuenta que, en Costa Rica, el sector textil exportador está sobre todo en manos de capital estadounidense.

9. Capítulo Cinco: Administración Aduanera

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias con respecto a los *artículos 5.5 y 5.6*, en relación con el artículo 24 de la CP *(Confidencialidad y trasvase de datos)*, que en lo fundamental dice:

> Interprétese, que, en el Capítulo Cinco, especialmente sus artículos 5.5 y 5.6 sobre Administración Aduanera, en trasvase de datos de los sistemas de administración de riesgo o el intercambio de datos entre los gobiernos sobre actividades ilegales... será tramitada por un juez bajo el marco de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional derivada al efecto...

Agenda de desarrollo: Creación de un Sistema Integral de Administración de Comercio, producto de un esfuerzo de coordinación interinstitucional y con amplia participación del sector privado. Con el soporte tecnológico, científico, de transparencia de manejo de la información y de la asesoría técnica indispensables para su efectiva operación [9].

---

[9] Sugerencia hecha por Renzo Céspedes.

10. Capítulo Seis: Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Recomendación de enmienda: Para que en los objetivos de este capítulo se contemple el principio de trato especial y diferenciado de la OMC, incorporando además una agenda explícita en materia de cooperación.

Recomendación de enmienda: Para que en el *Artículo 6.2* (Alcance y Cobertura), se incluya la posibilidad de aplicación de un mecanismo bilateral (al menos de carácter limitado) de solución de controversias en el marco del tratado.

Agenda de desarrollo: Fortalecer el soporte institucional del Estado a los sectores productivos en materia de cumplimiento de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ante los estrictos controles de sanidad y calidad usualmente exigidos y recientemente endurecidos.

11. Capítulo Siete: Obstáculos Técnicos al Comercio

Recomendación de enmienda: Incorporar en los objetivos de este capítulo el compromiso de elaborar una propuesta de acciones concretas que apunten a identificar, evaluar y desmontar los actuales obstáculos técnicos al comercio entre las Partes, así como un trato especial y diferenciado en favor de la parte de menor desarrollo.

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias con respecto al *artículo 7.6* (Reglamentos técnicos extranjeros y participación de extranjeros en el desarrollo de normas, reglamentos técnicos y procedimientos), que en lo fundamental expresa:

> Interprétese que, en el Capítulo Siete, artículo 7.6, los reglamentos técnicos extranjeros a que se hace referencia no ingresan automáticamente con eficacia jurídica en nuestro ordenamiento, salvo que sean aceptados por los órganos de la administración competentes y mediante el mecanismo constitucional del Poder Ejecutivo como es la capacidad de reglamentación.

Ver igualmente la crítica a este mismo punto hecha por Manrique Jiménez en su artículo incluido en el libro editado por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UCR (eventual violación del artículo 140, inciso 3 de la CP).

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias con respecto al *artículo 7.7* (Reglamentos técnicos extranjeros y participación de extranjeros en el desarrollo de normas, reglamentos técnicos y procedimientos):

> ...esta Asamblea interpreta que el artículo 7.7 sobre la participación de las otras Partes en el desarrollo de normas, reglamentos técnicos y procedimientos se debe entender que tiene un alcance limitado equivalente al de asesoría y cooperación técnica sin que puedan participar en los actos preparatorios y deliberativos de los órganos superiores del Estado costarricense.

Agenda de desarrollo: Fortalecer los recursos económicos e institucionales necesarios para lograr un uso efectivo de los instrumentos multilaterales de comercio de la OMC.

12. Capítulo Ocho: Defensa Comercial

Recomendación de reserva: Agregar en este capítulo la aplicación de un trato especial y diferenciado, de acuerdo con el tamaño de las economías y más allá del período de aplicación de la salvaguardia bilateral.

Declaración interpretativa: La sugerida para este capítulo por el Lic. Bernal Arias (Garantía de las Competencias del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa), que en lo medular dice:

> No obstante, como medidas extremas, en caso de crisis económica aguda nacional o de algún sector productivo, satisfacción de necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad, o seguridad alimentaria, el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa harán uso de sus facultades constitucionales para incrementar aranceles o elevar impuestos, tasas y contri-

buciones a las personas y empresas productoras de bienes y servicios.

Pero seguramente, más que una declaración interpretativa, en este caso se requiere de una reserva, aunque la misma esté en concordancia con el Artículo XX del GATT (Excepciones generales).

13. Capítulo Nueve: Contratación Pública

Recomendación de enmienda: En concordancia con el principio de trato especial y diferenciado de la OMC, introducir un párrafo en el *Artículo 9.2* (Principios Generales) que señale que los contratos gubernamentales deben seguir siendo instrumentos de política económica para el desarrollo nacional, y que las excepciones a la estricta competencia comercial pueden ser necesarias en ciertas circunstancias para llevar a cabo políticas que promuevan el desarrollo económico y social ambientalmente sostenible (trato especial y diferenciado).

Recomendación de reserva: Hacer permanente el trato diferenciado en materia de umbrales (tres años) establecido en el Anexo 9.1.2(b) (i) para las distintas instancias gubernamentales, o al menos extenderlo a diez años prorrogables.

Declaración interpretativa: En relación con el *Artículo 9.14* (Excepciones a la Contratación), que determina que una Parte podrá adoptar medidas necesarias para proteger la salud o la vida humana, *siempre y cuando* estas medidas no constituyan una discriminación arbitraria o una restricción al comercio, se hace necesaria la siguiente declaración interpretativa:

> La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, en ejercicio de sus competencias constitucionales, interpreta y reafirma que entenderá el Artículo 9.14. del Tratado, de común acuerdo con los Artículos 21 y 50 de la Constitución Política, el primero de los cuales establece que "La vida humana es inviolable" y el segundo, que "Toda Persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equili-

brado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado". Por tanto, el Estado costarricense está facultado y obligado a proteger la salud o la vida humana, incluso, cuando lo considere necesario, por medios que representen "una restricción al comercio".

Nota aclaratoria: Una declaración de este tipo resulta hoy en día estrictamente necesaria, más aún tomando en cuenta la posibilidad de que en el futuro aumente la amenaza de ciertas epidemias "globales" sobre la salud pública. Además, lo que en el tratado y en nuestra Constitución se entiende por "restricciones al comercio" no son términos equivalentes.

Recomendación de reserva: En la Sección E del Anexo 9.1.2(b)(i), Lista de Costa Rica, dejar fuera de la cobertura del Capítulo Nueve, *todos* los Servicios de Investigación y Desarrollo y *todos* los Servicios Públicos, tal como se hace en la Lista de EE. UU. (reciprocidad).

Recomendación de reserva: En la Sección G del Anexo 9.2.1 (b)(i) (Notas Generales), Lista de Costa Rica, ampliar la no aplicación de este capítulo para cierto tipo de *empresas cooperativas* y de *economía social*. De igual forma, para programas de compras gubernamentales dirigidos a erradicar la pobreza, proteger a los sectores sociales menos favorecidos, combatir desigualdades de género, promover el desarrollo de áreas geográficas en desventaja y la sustentabilidad ambiental y proteger la salud pública, incluyendo el tratamiento del HIV/SIDA, la tuberculosis, el paludismo, la malaria, el dengue y otras epidemias. Al incluirse esta reserva en la Sección G, se entiende que la misma es válida para todos los niveles de gobierno, incluidas las municipalidades.

Recomendación de reserva: Hacer más contundente y efectiva la no aplicación del Capítulo Nueve a los programas de la Administración Pública para favorecer a las Pequeñas, Medianas y Micro Empresas, agregando el siguiente texto: "incluyendo cualquier forma de preferencia, tal como el derecho exclusivo de proveer un bien o servicio y preferencias en los precios" (así como lo hicieron República Dominicana y los propios EE. UU. en sus respectivas reservas).

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias con respecto al Capítulo Nueve (Contratación Pública), que en lo central expresa:

> Interprétese que en el Capítulo Nueve, relativo a un procedimiento *ad hoc* para la Contratación Pública, un contrato que se oponga al interés público o cuyo procedimiento no se ajuste al artículo 182 de la Constitución Política... podrá ser anulado o modificado, incluso inmediatamente después de adjudicado.

Declaración interpretativa: la sugerida por el Lic. Bernal Arias con respecto al *artículo 9.15:*

> ...se interpreta que en el artículo 9.15 de este Tratado, cuando se refiere a una "autoridad administrativa o judicial imparcial e independiente de sus entidades contratantes", en nuestro caso, se infiere claramente que se trata de la Contraloría General de la República...

Agenda de desarrollo: El Estado costarricense debe emprender, de manera inmediata, el diseño y la ejecución de los programas de compras de la Administración Pública para favorecer a las *pymes*, indicados en la Sección G (Notas Generales), Lista de Costa Rica, del Anexo 9.1.2(b)(i); lo mismo que su extensión al sector cooperativo y de economía social, tal como se sugiere en la recomendación de reserva anterior.

14. Capítulo Diez: Inversión

Recomendación de enmienda: Valorar el carácter inconstitucional del inciso (c) del párrafo 1 del artículo 10.1, por cuanto obliga a Costa Rica a aplicar los artículos 10.9 (Requisitos de Desempeño) y 10.11 (Inversión y Medio Ambiente), "a todas las inversiones en el territorio", incluidas aquellas inversiones extranjeras procedentes de países con los cuales *no se ha negociado ningún tratado.*

Nota: Lo anterior implica un traslado de soberanía que viola los artículos 2 y 3 de la Constitución Política.

Recomendación de enmienda: Eliminar de la redacción de los Artículos 10.7 y 10.28 las referencias al concepto de *expropiación indirecta*, por no estar el mismo contemplado, al menos en los términos del tratado, en nuestro texto Constitucional (o al menos lograr una modificación de su contenido). También puede optarse, con igual propósito, por un cambio en la redacción del Anexo 10-C.

Nota: Téngase en cuenta que en la TPA (2002), el Congreso de los EE. UU. le solicitó al Gobierno federal que en la negociación de los futuros *Free Trade Agreements*, variara la redacción sobre expropiación indirecta contenida en el NAFTA (Capítulo 11). Ciertamente se hizo un cambio de redacción, sin embargo no significativa (y en ciertos aspectos incluso se la profundizó)

Nota: Si se acepta, por parte de nuestra Asamblea Legislativa, que este tipo de modificaciones al concepto de expropiación (que regulan la propiedad) son materia legislativa, hay que insistir, en ese caso, en que su aprobación debe darse por *mayoría calificada y votación nominal*, pues altera los alcances y la interpretación de un precepto constitucional.

Declaración interpretativa (en caso de que la recomendación anterior no tenga apoyo, como es de esperar):

> Interprétese y reafírmese que en el Capítulo Diez (Inversión), los *Artículos 10.7.1 y 10.28*, lo mismo que el *Anexo 10-C* (Expropiación), se entenderán de común acuerdo con los Artículos 45 y 46 de la Constitución Política, ya que el primero no incluye alusión alguna a la "expropiación indirecta" y el segundo lo hace (implícitamente) solo de manera disminuida y acotada, en relación con actos administrativos que al limitar la competencia o al imponer situaciones de monopolio, amenacen o restrinjan la libertad de comercio, agricultura e industria.

Nota aclaratoria:

a) Es claro que el primer párrafo del Artículo 45 de la Constitución se refiere a "la propiedad", en un sentido

mucho más estrecho que el concepto de "activo" incluido en 10.28. El artículo 45 protege únicamente el derecho real de propiedad, no así otro tipo de derechos, como los personales o intelectuales. La protección constitucional de estos últimos demandaría una reforma de la Constitución, reforma que no tiene que asumir el concepto neoliberal de "activo" o "patrimonio". Mientras este vacío no sea llenado, ¿prevalece el texto constitucional, o el texto del TLC por sobre la legislación ordinaria?

b) La expropiación de una "propiedad" (por interés público) contemplada en el primer párrafo del Artículo 45 de la Constitución se entiende como sinónimo de "privación", no de mera limitación. No obstante obliga al Estado a una indemnización previa, excepto en casos de guerra o conmoción interior.

c) El segundo párrafo del Artículo 45 sí contempla la posibilidad de que *la Asamblea Legislativa* pueda (mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros), "imponer a la propiedad limitaciones de interés social", pero en este caso la indemnización *no es una obligación*: es posible mas no necesaria (queda a juicio del legislador).

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que en el Capítulo Diez del Tratado (Inversión), el *Artículo 10.7.1, incisos (a), (b) y (c),* se entenderán de común acuerdo con el párrafo dos del Artículo 45 de la Constitución, el cual posibilita, "mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".

Nota aclaratoria: Obsérvese que este precepto constitucional (párrafo dos del Artículo 45), permite a la Asamblea Legislativa imponer a la propiedad "limitaciones de interés social", las cuales, en el marco del tratado, podrían entenderse como una expropiación indirecta. Más aún, en estos casos la Constitución *no obliga* al pago de una indemnización, siempre que (según la letra y el espíritu del párrafo primero del Artículo 45) estas limitaciones no lleguen al extremo de impedir el ejercicio normal, razonable y económicamente

rentable de la propiedad, o la pérdida de algunos de sus atributos esenciales. En la Sala IV hay que dar una dura batalla en torno a este debate.

El otro punto en discusión es el siguiente: ¿qué se entiende por "limitaciones de interés social"?, ¿acaso solo medidas necesarias para mejorar las condiciones de las clases sociales de bajos ingresos? ¿o también medidas para lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social?, ¿también medidas que garanticen el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado?

Otra opción, para salvaguardar el precepto constitucional comentado, es exigir que en la ficha del Anexo II, Lista de Costa Rica, referida a los "servicios sociales", se excluya de su aplicación el Artículo 10.7. En este caso se trataría de una *recomendación de reserva*, que resulta obligada para que dicha ficha, tal como se encuentra redactada, no resulte inconstitucional. Y creo que este es el punto esencial: si no se incluye una modificación al texto del tratado (enmienda o reserva) que permita considerar la posibilidad de que la Asamblea Legislativa fije a la propiedad limitaciones de interés social, habría un claro roce de inconstitucionalidad. El precepto constitucional es tan claro que no creo que una Declaración Interpretativa resuelva la omisión (¿La aceptarán las otras Partes? ¿La tomará en cuenta un tribunal internacional del CIADI o del CNUDMI?). Por eso, para salvar la inconstitucionalidad, lo mejor sería una *reserva* [10].

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que en el Capítulo Diez del Tratado (Inversión), el *Artículo 10.7.2, inciso (b)* se entenderá de común acuerdo con el Artículo 45 de la Constitución, que establece: "En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa", siempre y cuando se haga "a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia".

Nota: Nuevamente, pienso que lo más adecuado en este caso sería una *reserva* en el tratado que incorpore plenamente

[10] Hay que tener en cuenta este argumento para cuando se haga la consulta a la Sala Constitucional.

la vigencia y superioridad del precepto constitucional, puesto que el mismo es claro y contundente. Primero se intenta la reserva, luego la declaración, haciendo más tarde la consulta en Sala IV.

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que en el Capítulo Diez del Tratado (Inversión), el *Artículo 10.7.2, inciso (b)* debe ser interpretado de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que ha establecido que no es violatorio del Artículo 45 de la Constitución el que la indemnización de una expropiación se ajuste (no exceda) al valor de la propiedad declarado para fines fiscales al momento de la expropiación, y que en caso de no llegarse a un acuerdo, el precio lo fijará un perito.

Nota: Pareciera que este es un asunto de regulación de la propiedad que es materia legislativa (no constitucional), con todo habría que insistir en la votación por *mayoría calificada y nominal.*

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 10.7.2, inciso (d)* debe interpretarse de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, que ha determinado que no es contrario al Artículo 45 de la Constitución Política pagar los inmuebles expropiados con bonos del Estado, siempre que se tenga en cuenta la depreciación que estos pudieran tener al momento en que se dicte la sentencia.

Nota: De nuevo, pareciera que este es un asunto de regulación de la propiedad que es de materia legislativa (no constitucional), si bien habría que insistir en la votación por mayoría calificada y nominal.

Recomendación de reserva: Para que los "bienes propios de la Nación" indicados en el inciso 14 del Artículo 121 de la Constitución Política, queden fuera de la aplicación del Capítulo Diez del Tratado, o al menos, fuera de la aplicación del *artículo 10.7.*

Nota aclaratoria: En aras del texto constitucional, debería introducirse, al menos, pero de manera clara y tajante en el texto del tratado, la no posibilidad de indemnización por la nacionalización o expropiación de los "bienes propios de la Nación" precisados en el inciso 14 del artículo 121 de la Constitución, a saber:

a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;
b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;
c) Los servicios inalámbricos.

Esta excepción que proponemos la consideramos absolutamente lógica y jurídicamente consistente, pues según ese artículo de la Constitución, se trata de bienes que "no podrán salir definitivamente del *dominio* del Estado" (énfasis nuestro). Sería entonces inconstitucional que el Estado tuviera que indemnizar por recuperar mediante expropiación, bienes que le pertenecen y que solo habría entregado en concesión. Sin embargo el artículo 10.7 del tratado no hace estas salvedades, burlando lo establecido en la Constitución. Para mayor aclaración: estos bienes son del *dominio* del Estado y una concesión solamente concede un derecho de posesión temporal, no la propiedad (ni siquiera temporal). La indemnización contemplada en el artículo 45 de la Constitución Política se refiere de forma clara a privaciones *sobre la propiedad*, no sobre la posesión o el usufructo.

Esta salvedad se hace más importante si tomamos en cuenta que la definición de un "acuerdo de inversión" contenida en el artículo 10.28 del tratado, incluye los derechos que recibe el inversionista

(a) con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales...

Se trata, efectivamente, de los "bienes propios de la Nación" contemplados en el artículo 121, párrafo 14 de la Constitución Política (carbón, petróleo, minerales radioactivos, servicios inalámbricos, ferrocarriles, muelles, aeropuertos). Y conforme este mismo artículo constitucional, estos bienes solo podrán ser explotados por particulares,

...de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada *por tiempo limitado* y con arreglo a las condiciones

> y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa (énfasis nuestro)

y nunca mediante un simple "acuerdo de inversión".

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 10.9.3, inciso (c), (ii)* del tratado (Requisitos de desempeño), se entenderá de común acuerdo con los Artículos 21 y 50 de la Constitución Política, el primero de los cuales establece que "La vida humana es inviolable", y el segundo que

> Toda Persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

Por tanto, El Estado costarricense está facultado y obligado a proteger la salud o la vida humana, incluso, cuando lo considere necesario, por medios que representen "una restricción al comercio o la inversión internacionales".

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 10.11* (Inversión y Medio Ambiente) se entenderá de común acuerdo con el párrafo quinto del Artículo 46 de la Constitución Política, con los párrafos segundo y tercero del Artículo 50, y con el Artículo 89, de manera que el Estado debe *garantizar* que las actividades de inversión en su territorio se hagan garantizando el derecho de los y las costarricenses a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y no apenas "tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental".

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 10.8* del tratado (Transferencias), se entenderá de común acuerdo con los Artículos 18 y 19 de la Constitución Política, de modo que la "libre transferencia" relacionada con una inversión cubierta o con las ganancias de una inversión, no exime a las inversiones y a los inversionistas del pago de impuestos, conforme a las leyes y reglamentos vigentes.

Declaración interpretativa (o recomendación de reserva): Los *Artículos 10.13, 11.6 y 12.9* (Medidas Disconformes) del trata-

do, serán interpretados de común acuerdo con el Artículo 34 de la Constitución Política que señala:

> A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Nota aclaratoria: El problema con estos tres artículos del tratado sobre medidas disconformes, es que le dan carácter retroactivo a la aplicación del tratado, a todas aquellas medidas existentes (incluyendo leyes) que no sean mantenidas por una Parte, ya sea en el Anexo I o en el Anexo III.

Recomendación de enmienda: Para que el Régimen de Solución de Controversias Inversionista Estado contemplado en la Sección B del Capítulo Diez, no sea parte de este tratado (La solución de toda controversia se hará mediante el régimen contemplado en el Capítulo 20 del Tratado).

Nota: Como obviamente la anterior recomendación de enmienda no va a prosperar, es necesario preparar el argumento de que su inclusión (Sección B del Capítulo Diez), demanda la aprobación del tratado por mayoría calificada, tal como ocurrió con la Ley No. 7332: "Aprobación de la ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados". Otra opción, ya comentada, es la completa renegociación de las medidas disconformes incluidas en los Anexos I-III, a fin de que Costa Rica mantenga la soberanía sobre aquellas áreas de inversión que considere estratégicas para su desarrollo.

Nota: Profundizar en las razones jurídicas que prevalecieron para que el régimen inversionista Estado no fuera incluido en el TLC EE. UU.-Australia.

Declaración interpretativa: En relación con el *Artículo 10.16* (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje): Solamente se podrá recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto en esta Sección, cuando de previo se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes ya sea de tipo administrativo o judicial. (Aunque, de seguro, lo mejor sería una recomendación de enmienda).

Recomendación de reserva: Revisión integral del Anexo I (Medidas Disconformes), desde una visión de desarrollo y en diálogo abierto con los distintos sectores productivos y ciudadanos.

Nota: al revisar las diferentes exclusiones consideradas en el Anexo I, es claro que no privó en su definición una estrategia de desarrollo que determinara sectores claves, como el turismo, el sector energético, la biodiversidad, los servicios de alto valor agregado, etc. Más bien pareciera que las exclusiones se hicieron tomando en cuenta cálculos políticos y capacidades de ciertos grupos de presión. Por eso, se hace estrictamente necesaria una revisión integral de este Anexo desde una perspectiva y una visión de desarrollo formulada con claridad. Lo anterior se puede confrontar con las recomendaciones formuladas en esta materia por la Comisión de Notables.

Declaración interpretativa: la sugerida por el Lic. Bernal Arias en relación con la Ley No. 7332 (Solución de Controversias en cuanto a la instancia CIADI), que en lo fundamental expresa:

> ...esta Asamblea interpreta que por ser el Convenio [CIADI, Ley 7332] especial por medio del cual Costa Rica adquirió el compromiso, declara que se mantiene el mismo contenido y espíritu que prevalece en él para ser así aplicado en el presente Tratado de Libre Comercio, especialmente así interpretado a la hora de aplicar las normas contenidas en el Capítulo Diez relativo a Inversión y en el Capítulo veinte concerniente a Resolución de Controversias.

Declaración interpretativa (o recomendación de reserva): Los *Artículos 9.2, 10.3 y 11.2* (Trato Nacional) del tratado, serán interpretados de común acuerdo con las facultades de la Administración, conforme a la Constitución Política, de dar un *trato preferencial* a quienes (personas o empresas) se encuentren en condiciones de desigualdad y desventaja.

Nota aclaratoria: Este trato o "protección especial" es claramente establecido en los Artículos 51 y 71 de la Constitución Política, para proteger a la familia, a la madre, al niño y al enfermo desvalido (Art. 51); así como para proteger "a las

mujeres y a los menores de edad en su trabajo" (Art. 71). Por tanto, más que una declaración interpretativa se requeriría de una reserva que resguarde estos claros y contundentes preceptos constitucionales.

En relación con la validez —y hasta la necesidad— de un trato diferenciado entre instituciones públicas y privadas, la Sala IV se ha manifestado favorablemente en los votos 2001-06675 y 2000-06969. En ambos casos la Sala reconoce que la existencia de un trato diferenciado deriva de las condiciones de desigualdad.

Agenda de desarrollo: Impulsar de inmediato los "programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa" previstos en el *Artículo 10.9.3(d)*, y a los cuales no se aplicarían los párrafos 1(a), (b) y (c), y 2 (a) y (b) del Artículo 10.9 del tratado (Requisitos de Desempeño).

15. Capítulo Once: Comercio Transfronterizo de Servicios

Recomendación de enmienda (absolutamente estratégica): Negociar la liberalización de los servicios transfronterizos mediante la metodología de "lista positiva" y no por "lista negativa", tal como se hizo.

Nota aclaratoria: la aproximación de los EE. UU. a las negociaciones de TLCs en el comercio de servicios es bastante ambiciosa, y se basa en un enfoque de "lista negativa". Ello significa que todos los sectores de servicios quedan cubiertos por el acuerdo, excepto aquellos que son específicamente exentos por las Partes. Costa Rica debe negociar sobre la base de listas positivas: solo han de estar cubiertos aquellos compromisos hechos de forma explícita en el acuerdo.

Recomendación de reserva (en Anexo II): En caso de que fracase la anterior recomendación de enmienda, como es de esperar, proponer la siguiente recomendación de reserva: Limitar la liberalización de los servicios a la lista de Costa Rica en el GATS de la OMC (igual que lo hace EE. UU.). ¿Por qué si EE. UU. limita su liberalización de los servicios a sus compromisos en el GATS, Costa Rica no puede hacer lo mismo? (principio de reciprocidad).

Recomendación de reserva: Excluir los servicios profesionales de la aplicación del *artículo 11.4.*

Nota aclaratoria: El artículo que realmente "abre" el mercado para los proveedores de servicios transfronterizos es el 11.4 (Acceso a los Mercados), en especial en su inciso (a) (iv). Además, téngase en cuenta que según distintas interpretaciones de la Corte Plena y de la Sala Constitucional, la reglamentación por parte del Estado de una profesión, no constituye una acción monopolista de la misma ya que cualquier persona puede libremente llegar a ejercerla, siempre y cuando cumpla con los requisitos éticos y académicos. Otra opción sería darle la oportunidad a cada Colegio Profesional de que revise y proponga cambios a la medidas disconformes respectivas para cada sector que aparece en el Anexo I.

Recomendación de reserva: Revisión integral del Anexo I (Medidas Disconformes), desde una visión de desarrollo y en diálogo con los diversos sectores productivos y proveedores de servicios.

Recomendación de enmienda: Exclusión de los "servicios sociales" definidos en el Anexo II de la cobertura del tratado. En su defecto, proponer la siguiente

Recomendación de reserva: Ampliar la lista de artículos de la ficha en el Anexo II referida a los "servicios sociales" con las siguientes desaplicaciones: *artículos 10.5, 10.7 y 10.8.*

Nota: No obstante, en el caso de los "seguros sociales" existe la garantía constitucional contenida en el artículo 73 de la Constitución, lo que da margen para proponer su simple y llana exclusión del tratado, y no solamente del Anexo 12.9.2 (Sección H). Este argumento también hay que llevarlo a la Sala IV.

Recomendación de reserva: Incluir una amplia reserva en materia de biodiversidad y servicios de investigación científica (como parte de la revisión integral del Anexo I).

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que la ficha de medida disconforme incluida en el Anexo II y referida a las "Industrias Culturales", deberá ser entendida de común acuerdo con el Artículo 89 de la CP (Fines culturales de la República).

Nota: El artículo 89 constitucional obliga al Estado a lo siguiente: a) proteger las bellezas naturales, b) conservar y

desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, c) apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico. Esto es importante tenerlo en cuenta, por el reduccionismo cultural incluido en la ficha del Anexo II.

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 11.2* del tratado (Trato Nacional), se entenderá de común acuerdo con el artículo 68 de la Constitución, que determina: "En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense".

Nota: Hay que valorar si, en este caso, más que una declaración interpretativa, procede hacer una reserva (por ejemplo, en el Anexo I de medidas disconformes).

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 11.4* del tratado (Acceso a los Mercados), en particular en su *numeral (a) (i)*, se entenderá de común acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 46 de la Constitución Política, el cual garantiza la potestad legislativa de "establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades" (mediante dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa).

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 11.4* del tratado (Acceso a los Mercados), en lo que corresponde a su aplicación a los "servicios privados de enseñanza", se entenderá de común acuerdo con el artículo 79 de la Constitución Política, el cual precisa que "todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado".

Nota: Dada la total liberalización de la enseñanza privada en el marco del tratado, lo mejor sería incorporar alguna medida disconforme en el Anexo I en favor de los centros privados nacionales (e impedir o regular la excesiva extranjerización de la enseñanza privada). En su defecto, lo mínimo sería incorporar la declaración interpretativa sugerida.

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *Artículo 11.2* del tratado (Trato Nacional), en lo que corresponde a su aplicación a los "servicios privados de enseñanza", se entenderá de común acuerdo con el artículo 80 de la Constitución Política, el cual consigna que "La iniciativa privada en materia educacional merecerá estímulo del Estado, en la forma que indique la ley".

Nota: El problema con el 11.2 es que obliga al Estado a que las subvenciones que otorga a la educación privada nacional, también tenga que otorgarlas a los centros privados extranjeros (trato nacional). Desde luego, lo mejor en este caso sería una *recomendación de reserva*, como la siguiente:

Recomendación de reserva: Incluir una ficha de medida disconforme en el Anexo I para el sector "servicios de enseñanza" (en todos sus niveles), que afecte las obligaciones de trato nacional y trato de nación más favorecida, en relación con las subvenciones y apoyos que el Estado otorgue a la educación privada en manos de nacionales.

Nota: En la defensa de la propuesta de que es estrictamente necesaria una revisión integral de las medidas disconformes del Anexo I, se pueden tomar ejemplos de sectores claves o muy sensibles para una visión de desarrollo, como la educación, la investigación científica, la electricidad, el cooperativismo o la pesca. Este trabajo se puede adelantar por medio de audiencias a sectores involucrados (colegios privados, universidades, pescadores, ICE, etc.).

Declaración interpretativa: El párrafo dos, incisos (a), (b) y (c) del *Artículo 11.8* (Reglamentación Nacional) del tratado, serán interpretados de común acuerdo con las facultades de la Administración, acordes con la Constitución, para fijar precios y regular salarios y ganancias, de modo que el ejercicio de una actividad económica privada no debe entenderse como sinónimo de una libertad irrestricta.

Nota aclaratoria: Además de lo señalado en la declaración interpretativa indicada infra, sobre el Artículo 1.2 del tratado, conviene tener presente, como parte del contexto, la siguiente advertencia:

> En la TPAA *(Trade Promotion Activity Act)*, Sección 21-02, inciso b, 8 (Prácticas regulatorias), subinciso d, se dice que los tratados deben alcanzar la eliminación de medidas gubernamentales, tales como el control de precios y precios de referencia, que dificultan el acceso al mercado por parte de los productos de los EE. UU. [11].

---

[11] Juan Manuel Villasuso, "TLC: ¿Instrumento del Libre Comercio?", artículo incluido en el libro editado por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UCR, *TLC con EE. UU., contribuciones para el debate..*

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el *artículo 11.4* del tratado (Acceso a Mercados), principalmente en su *numeral (b),* se entenderá de común acuerdo con el artículo 64 de la Constitución Política que establece: "El Estado fomentará la creación de cooperativas, como medio de facilitar mejores condiciones de vida a los trabajadores".

Nota: Ciertamente, lo mejor sería incluir una medida disconforme (al menos en el Anexo I, pero preferiblemente en el Anexo II), favorable al sector cooperativo. Sería una *recomendación de reserva* en realidad importante, si dentro de la estrategia de desarrollo del país se desea renovar y fortalecer el movimiento cooperativo.

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias con respecto al Anexo 11.13 sobre Casas Extranjeras (Compromisos Específicos), que en lo fundamental sostiene:

> Interprétese que el Anexo 11.3, Sección A, Costa Rica, punto 1, relativo a la derogatoria de los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209, denominada Ley de protección al Representante de Casas Extranjeras... se entenderán que efectivamente son derogados a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

16. Capítulo Doce: Servicios Financieros

Recomendación de enmienda: Excluir el subsector seguros del ámbito del tratado. Costa Rica puede comprometerse a impulsar la modernización (e incluso la apertura) de los seguros, pero no en el marco del tratado.

Recomendación de enmienda: Excluir de forma contundente de la aplicación de este capítulo y del tratado en su conjunto, a *todos* los servicios de seguridad social contemplados en el artículo 73 de la Constitución Política (incluyendo riegos del trabajo). Como otra opción, véase la declaración interpretativa sugerida por el Lic. Bernal Arias (Servicios de Seguridad Social).

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias (Compromisos en materia de Servicios de Seguros), que en lo fundamental dice:

...no podrá abrirse el mercado de seguros hasta tanto no existan normas regulatorias aprobadas para esa actividad, en ese sentido, la Sección H, Compromisos Específicos de Costa Rica en materia de Seguros del Capítulo Doce, debe entenderse de suerte que, para la comercialización de las líneas de seguros dispuestas en él, se deberá tener previamente dicho órgano y las reglas regulatorias sobre las que se desarrollará el mercado.

Recomendación de enmienda: Renegociar plazos y condiciones de la apertura en seguros comerciales.

Declaración interpretativa: Las sugeridas por el Lic. Germán Serrano Pinto en materia de seguros a solicitud del diputado Rodrigo Alberto Carazo.

Recomendación de reserva: Incluir una reserva en el Anexo III, para salvaguardar la operación de una banca pública que cumpla con la función de desarrollo económico y social, afectando los principios de trato nacional (artículo 12.2) y acceso a mercado (artículo 12.4).

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el proceso de apertura en el sector de servicios de seguros debe hacerse de común acuerdo con lo establecido en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política, esto es, de manera tal que el Estado procure el mayor bienestar de todos los habitantes del país, el más adecuado reparto de la riqueza, y una política permanente de solidaridad nacional.

Nota: Aunque los artículos 50 (párrafo primero) y 74 son de carácter general o programático, obligan al Estado a que sus actos no sean contrarios a los principios de bienestar, justicia social y solidaridad allí definidos. Esta declaración precisa el contenido del primer párrafo del preámbulo de los Compromisos Específicos de Costa Rica en materia de Servicios de Seguros.

Agenda de desarrollo: impulsar las propuestas sobre "banca de desarrollo", no como un enclave dentro del sistema financiero nacional, sino como una función general de la banca pública.

17. Capítulo Trece: Telecomunicaciones

Recomendación de enmienda: Excluir este tema del tratado. Costa Rica podrá definir soberanamente un proceso de apertura de mercado en este sector, pero fuera del tratado.

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic. Bernal Arias, que en lo fundamental dice:

> Interprétese que en materia de acceso a mercado en servicios de redes privadas, servicios de Internet y servicios inalámbricos móviles, el Estado de Costa Rica en uso de sus facultades soberanas... subastará a mejor precio las bandas del espectro electromagnético que se pongan a disposición de los proveedores locales o transfronterizos. Asimismo, interprétese que el Anexo 13 sobre Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones en lo que atañe a marco regulatorio, gradualidad, servicio universal, transparencia, asignación y utilización de recursos escasos, interconexión regulada, acceso y uso de redes, suministros de información, competencia y opciones tecnológicas, seguirá los principios de continuidad del servicio, no discriminación, tarifas justas, solidaridad y defensa del consumidor. Finalmente, la apertura de estos mercados, y la competencia entre proveedores, se sujetará en todo a la nueva legislación que se dicte, ello en aras del principio de seguridad jurídica, transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el proceso de apertura en el sector de telecomunicaciones debe hacerse de común acuerdo con lo establecido en los artículos 50 y 74 de la Constitución Política, o sea, de modo tal que el Estado procure el *mayor bienestar de todos* los habitantes del país, el más *adecuado reparto de la riqueza*, y una política permanente de *solidaridad nacional*.

Nota aclaratoria: Aun cuando los artículos 50 (párrafo primero) y 74 son de carácter general o programático, *obligan* al Estado a que *sus actos* no sean contrarios a los principios de bienestar, justicia social y solidaridad allí fijados. Esta declaración precisa el contenido del preámbulo del Anexo 13.

Es claro que el artículo 121, inciso 14, punto c, de nuestra Constitución, permite la explotación de servicios inalámbricos, tanto a la administración pública como a los particulares, siempre que estos servicios sean concedidos

> ...de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

No obstante, si nos guiamos por los artículos 50 y 74 constitucionales, también es claro que una acción del Estado, en materia de ordenamiento económico y social, si menoscaba "el mayor bienestar de todos los habitantes", si se opone al "más adecuado reparto de la riqueza", o si socava la "solidaridad nacional", puede ser impugnada por inconstitucional.

Agenda de desarrollo: Debe legislarse para que la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, vía determinación de tarifas, no se convierta, en la práctica, en el ente que defina las políticas de desarrollo en materia de telecomunicaciones. Estas políticas deben quedar nítidamente establecidas en los planes nacionales y sectoriales de desarrollo.

18. Capítulo Catorce: Comercio Electrónico

Recomendación de reserva: Valorar la posibilidad (con algún especialista) de introducir alguna reserva al ámbito o alcance de este capítulo, a fin de promover la industria nacional de productos digitales.

19. Capítulo Quince: Derechos de Propiedad Intelectual

Para este capítulo, y en términos generales, podemos pensar en dos alternativas para el debate. A la primera opción la llamaremos "Plan A", y a la segunda "Plan B".

Plan A: Limitar las obligaciones de Costa Rica en esta materia a las ya determinadas en el marco del ADPIC de la OMC. En este sentido se propondría una Recomendación de enmienda, la cual debe ser precedida por una defensa contundente de la misma en la parte de audiencias. Para impulsar esta propuesta es necesario tener muy claro en qué puntos específicos el TLC es un "ADPIC plus", que obliga a Costa Rica a obligaciones mayores en materia de derechos de propiedad intelectual que las contenidas en el ADPIC. A continuación damos algunos ejemplos, si bien se trata de un tema por profundizar:

- Se prolongan las patentes para compensar al dueño de la misma por las demoras en el otorgamiento de dicha patente, a pesar de que los veinte años de vigencia de las patentes bajo el ADPIC ya toman en cuenta la posibilidad de demoras (TLC, Artículo 15.9.6 (a) y 15.9.6 (b)).
- Se exige a las autoridades nacionales responsables de la calidad de las medicinas notificar al dueño de una patente de la identidad de cualquier empresa que busca el derecho de vender una versión genérica de un medicamento patentado. Esto impone a las instancias de salud pública, que deberían preocuparse exclusivamente de la calidad y seguridad de las medicinas autorizadas, una obligación adicional de proteger los derechos de los dueños de patentes (TLC, Artículo 15.10.2 (b)).
- Se exige proteger la información que una empresa farmacéutica usa para mostrar que su producto es sano (protección de los datos de prueba). Esto ocasiona otra dificultad para los productores genéricos que deberán replicar las costosas pruebas de seguridad hechas por el dueño de la patente, en vez de únicamente mostrar la "bioequivalencia" de su producto (TLC, Artículo 15.10.1 (a)).
- Se obliga a Costa Rica a ratificar el Convenio UPOV 91 (TLC, Artículo 15.1.5 (a)), con lo cual se renuncia al derecho adquirido en el marco de la OMC de formular una ley *sui generis* para la protección de obtenciones vegetales.

• Se otorga a los inventores un período de gracia de doce meses, el cual no está contemplado en el ADPIC (TLC, Artículo 15.9.7).

Plan B: Incluir disposiciones explícitas y contundentes en materia de licencias obligatorias, importaciones paralelas y derecho de las personas a la salud pública. Cerrar portillos a la privatización de plantas, animales y a la vida humana.

A manera de ejemplo, ver la declaración interpretativa sugerida por el Lic. Bernal Arias (Derechos de Propiedad Intelectual), que en lo fundamental señala:

> Interprétese que nuestro Estado tiene capacidad para proteger y conservar sus recursos genéticos... privando además el interés público en los derechos de obtentor, marcas sonoras y olfativas especialmente las provenientes del estado natural del reino animal y vegetal que son de acceso universal. Ese mismo interés público se manifiesta en la reserva del patrimonio de la humanidad, entendido en que limita la esfera del mercado sobre el patentamiento de animales y plantas, dadas en disfrute a todos los seres humanos del planeta, sin que nuestro Estado, en su posición ética, reconozca titularidad sobre ellos. asimismo, esta Asamblea reconoce la importancia estratégica para la salud humana y animal, y la agricultura, del uso y derecho de los nacionales a ingresar al mercado de libre competencia de productos de marca y genéricos e insumos en ambas modalidades necesarios para el desarrollo humano, estando de por medio el máximo bien jurídico constitucional como es el derecho a la vida.

Nota: Recuérdese que Costa Rica ratificó la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB), que define el derecho soberano de los Estados signatarios sobre los recursos genéticos dentro de sus territorios. En otros términos, el principio básico de la CDB es que los recursos genéticos son bienes públicos, vale decir, patrimonio de la nación.

Agenda de desarrollo: En concordancia con lo indicado en la nota anterior, los recursos genéticos existentes en el territorio nacional (según los artículos 5 y 6 de la Constitución),

deberían ser parte de los "bienes propios de la Nación" definidos en el artículo 121, inciso 14 de la Constitución.

El Dr. Román Macaya, especialista en derechos de propiedad intelectual, ha propuesto las siguientes recomendaciones sobre este tema (las transcribimos íntegramente, a pesar de su extensión, con la debida autorización del autor):

> El Capítulo 15 del TLC representa un peligroso alejamiento de las normas internacionales sobre derechos de propiedad intelectual establecidos en el Acuerdo ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) de la OMC en el sentido de que compromete al país a onerosas obligaciones de mucho mayor alcance que los compromisos adquiridos por el país en la OMC. Tal como quedó la negociación, el TLC es claramente "ADPIC-Plus" y hasta "NAFTA-Plus" y "EE. UU.-Plus" en sus alcances ya que contiene mayores obligaciones que el Acuerdo ADPIC y que las obligaciones establecidas en el Tratado NAFTA entre EE. UU., México y Canadá y no contiene ciertos límites a los alcances de la propiedad intelectual que sí están contemplados en la legislación de EE. UU. Estos excesos de derechos de propiedad intelectual tendrán un impacto negativo para la salud de los costarricenses y el sector agropecuario. Por lo tanto, el alcance de las nuevas reglas de propiedad intelectual debe ser limitado mediante declaraciones interpretativas, enmiendas y elementos de una agenda de desarrollo. La serie de recomendaciones incluyen las siguientes:
>
> Recomendación de enmiendas:
>
> a) *Periodo de transición.* Establecer un periodo de transición de tres años para la entrada en vigencia de las disposiciones del TLC que exceden los alcances del Acuerdo ADPIC de la OMC.
> b) *Obtenciones vegetales.* La ratificación del Convenio UPOV no debe ser una obligación del país. Costa Rica deberá mantener el derecho adquirido en la OMC de formular una ley *sui generis* para la protección de obtenciones vegetales con reservas para el uso por pequeños agricultores del material genérico protegido.
> c) *Protección de información no divulgada.* Definir una protección a la "información no divulgada" de acuerdo con el

Acuerdo ADPIC, en el cual la información protegida debe ser secreta (no divulgada) y su protección sea una protección contra todo uso comercial desleal de acuerdo al Convenio de París, en el cual un uso "desleal" debe ser ilegal para ser considerado "desleal". De manera similar, la protección de los "datos de prueba" necesarios para registrar un medicamento o químico de uso agrícola debe estar condicionada a su condición de ser secreta (no divulgada). La protección de los "datos de prueba" será una protección contra todo uso comercial desleal de acuerdo con el Convenio de París. En este sentido, la protección de información no divulgada o de datos de prueba no otorga un derecho de uso exclusivo de esta información, sino una protección contra uso comercial desleal. En todo caso, la protección de la "información no divulgada" o los "datos de prueba" relacionada a productos farmacéuticos o agroquímicos no debe exceder tres años a partir del primer registro del producto en un país del área del Tratado y debe ser limitada a productos nuevos. Costa Rica podrá exigir que una persona que provea la información en el otro territorio solicite la aprobación en el territorio costarricense dentro de los seis meses siguientes de haber obtenido la aprobación de comercialización en el otro territorio como condición para recibir la protección de los datos de prueba de conformidad con el presente párrafo.

d) *Registro por evidencia.* El país debe tener el derecho de realizar registros de farmacéuticos y agroquímicos mediante la presentación de evidencia de aprobación de comercialización previa en otro país. El registro "por evidencia" debe ser posible para terceros, aun cuando no sean la persona que obtuvo la autorización en el otro territorio previamente si la persona que registró el producto previamente en la otra Parte no ha solicitado autorización de comercialización del producto en Costa Rica dentro del plazo de seis meses a partir del registro previo en el territorio de la Parte.

Declaraciones interpretativas:

a) *Ampliación de patentes.* Se debe limitar la posibilidad de ampliar patentes. La única patente que se puede ampliar es la del principio activo de un farmacéutico. No se podrán

ampliar patentes de procesos de fabricación, usos, formulaciones, etc. Por lo tanto, solamente una patente por entidad química es ampliable. La ampliación de una patente tendrá un tope máximo de un año adicional al plazo normal de veinte años de la patente, o cinco años a partir del registro por primera vez en el territorio de cualquiera de las Partes del Tratado, cualquiera que sea más limitante en el tiempo de ampliación. La extensión del plazo de patentes no será proporcional al atraso incurrido en el otorgamiento de la patente ni en registro del producto. Se extenderán las patentes un mes por cada año de atraso injustificado mayor a los cinco años de atraso en el otorgamiento de la patente contados desde la fecha de solicitud de la misma en el territorio de la Parte, o por cada año de atraso mayor a los tres años de atraso injustificado a partir de la solicitud del examen de la patente. De manera similar, se extenderán las patentes de farmacéuticos un mes por cada año de atraso injustificado mayor a los cinco años de atraso en el primer registro del producto contados desde la fecha de solicitud con información completa de la autorización de comercialización a la autoridad nacional competente. Tales atrasos no contemplarán atrasos imputables a acciones del solicitante de la patente o de la autorización de comercialización. Adicional a todas las condicione anteriores para la ampliación de una patente, se debe condicionar la ampliación de una patente a la demostración objetiva de daños económicos causados por los atrasos en el otorgamiento de la patente o el registro del producto farmacéutico.

b) *Patentes de segundo uso.* Se debe declarar explícitamente que los segundos usos de medicamentos o agroquímicos no son protegibles mediante patentes, y el segundo uso de debe definir como un segundo uso a un primer uso patentado en cualquier parte del mundo.

c) *Licencias obligatorias.* Se debe declarar claramente que el Gobierno de Costa Rica tiene total discreción de definir cuáles situaciones nacionales justifican su derecho de dictar licencias obligatorias para la apertura de la exclusividad otorgada por una patente. La justificación dada por el Estado costarricense debe ser considerada suficiente justificación para satisfacer las condiciones expuestas en el artículo 15.9, inciso 3, del TLC. También se debe declarar

explícitamente que el otorgamiento de una licencia obligatoria automáticamente abre la posibilidad de utilizar los datos de prueba necesarios para registrar un medicamento por parte de terceros que no son ni los titulares de la patente ni los generadores de los datos de prueba originales.

d) *Importaciones paralelas.* Se debe indicar que Costa Rica tendrá la potestad de autorizar importaciones paralelas en todo momento de productos basados en el mismo ingrediente activo y fabricados por la misma empresa en el exterior que el producto registrado en Costa Rica. Estas importaciones paralelas deberán contemplar la posibilidad de importar productos con concentraciones y formulaciones similares del ingrediente activo del mismo fabricante.

e) *Patentes de plantas.* Se debe declarar que el patentamiento o no patentamiento de plantas debe ser una decisión autónoma del país, sin ninguna obligación de impulsar leyes en este sentido tal como lo establece la OMC.

f) *Responsabilidad del Ministerio de Salud en la observancia de derechos de propiedad intelectual.* El Ministerio de Salud no tiene competencias en la observancia de los derechos de la propiedad intelectual. Por lo tanto, se debe interpretar el Artículo 15.10.2 (a) del texto del Tratado como una obligación de notificar al dueño de la patente cuando se solicita la inscripción de un producto farmacéutico genérico cuyo principio activo supuestamente está cubierto por una patente del principio activo. La responsabilidad del Ministerio de Salud se agota con la notificación al dueño de la patente sobre la solicitud de inscripción del producto genérico que supuestamente viola los derechos de exclusividad de la patente sobre el principio activo del medicamento. Le corresponde al dueño de la patente lograr prevenir el registro del producto genérico por medio de los tribunales, haciendo valer el derecho privado de la patente. El solicitante del registro del producto genérico también tendrá la opción de iniciar un procedimiento legal para invalidar la patente si considera que es una patente que fue mal otorgada. En todo caso, y mientras los procesos legales toman su curso, el producto genérico solamente podrá ser excluido del mercado por un máximo de doce meses, a menos de que los tribunales fallen en contra del

solicitante de registro del medicamento genérico tanto en su demanda por invalidar la patente como en la acción legal del titular de la patente por prevenir el registro del producto genérico.

Agenda de desarrollo: Reglamentar los requisitos para el registro de productos farmacéuticos y agroquímicos, tanto en reglamentos nacionales como en negociaciones de la Unión Aduanera Centroamericana, sin barreras arbitrarias al registro de productos genéricos en ambos campos. Los reglamentos de registro no deben requerir certificaciones internacionales onerosas de laboratorios ni estudios de eficacia o toxicidad que no estén fundamentados en la ciencia. Para el registro de agroquímicos en ningún momento se deben incorporar requisitos que excedan los requisitos de la FAO (Food and Agriculture Organization) de las Naciones Unidas ni de países desarrollados para el registro de tales productos.

Agenda de desarrollo: Incorporar al TLC compromisos por el gobierno de EE. UU. de América de ofrecer a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países signatarios del TLC, tal como lo requiere el Acuerdo ADPIC.

Agenda de desarrollo: Institucionalizar un "peaje de patentamiento" para promover la innovación nacional. Esta medida consistiría en cobrar un rubro mucho más alto al rubro necesario para tramitar y evaluar una patente por parte del Registro de la Propiedad Industrial. La diferencia entre el rubro cobrado y el "necesario" para realizar el trámite y la evaluación de una solicitud de patente sería asignado a un fondo de financiamiento de investigación y desarrollo. Estos fondos serían administrados por un Consejo de Promoción a la Innovación Nacional y se utilizarían para financiar proyectos de investigación en centros de investigación nacionales [12].

---

[12] Román Macaya, "Aportes para la discusión del TLC en la Asamblea Legislativa, en materia de derechos de propiedad intelectual", comunicación por Internet.

Para efectos del debate legislativo, hay que tomar en cuenta que los subtemas a desarrollar con respecto al capítulo 15 (Derechos de Propiedad Intelectual), son al menos los siguientes:

- Trato de los seres vivos.
- Medicamentos patentados y sus equivalentes genéricos.
- Obstáculos a la transferencia de tecnología y acceso/privatización del conocimiento.
- Impacto sobre la cultura y los trabajadores de la cultura.
- Impacto sobre los agricultores y la agroalimentación.

20. Capítulo Dieciséis: Laboral

Declaración interpretativa: Hacer explícito que la distinción entre "legislación laboral" (según el artículo 16.8) y "legislación laboral interna" (artículo 16.2.2), únicamente es aplicable en el marco del mecanismo de solución de controversias que establece el tratado (Artículo 20.17). De ningún modo puede ser interpretada como una reducción o degeneración de los derechos laborales existentes en cada país.

Ver al respecto la declaración interpretativa sugerida por el Lic. Bernal Arias (Concepto de Legislación Laboral), que en lo fundamental dice:

> Interprétese que, en el Capítulo Dieciséis, artículo 16.8 concerniente a la definición de legislación laboral, la referencia a leyes, regulaciones o disposiciones según la lista de derechos que van de (a) hasta (e) y su párrafo final sobre salarios mínimos es considerado por esta Asamblea "de minimis" en el entendido que nuestra Constitución Política, en el Título V sobre Derechos y Garantías Sociales involucra otros derechos y garantías sociales y laborales, además de las desarrolladas en nuestra legislación laboral y conexa, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo aprobados por nuestro país, por lo que cualquier inversión, en atención al criterio de trato nacional y

no discriminación, se ajustará a nuestro ordenamiento institucional y laboral interno.

Este argumento se puede precisar, tal como se propone en las dos siguientes declaraciones interpretativas y haciendo referencia a artículos específicos de nuestra Constitución:

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que "el derecho de asociación" incluido en el artículo 16.8 del tratado, incluye el derecho de los trabajadores a "sindicalizarse libremente", conforme se define en el artículo 60 de la Constitución Política.

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que "el derecho a organizarse y negociar colectivamente" incluido en el artículo 16.8 del tratado, se entenderá de común acuerdo con el precepto constitucional del artículo 62 de la Constitución que determina lo siguiente: "Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo".

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que el punto (d) de la definición de legislación laboral incluida en el artículo 16.8 del tratado, en relación con el trabajo infantil, se entenderá de común acuerdo con los artículos 51 y 71 de la Constitución.

Recomendación de enmienda: Para que la definición de legislación laboral establecida en 16.8, incluya lo relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación (Convención 111 de la OIT) y la igualdad en la remuneración (Convención 100 de la OIT).

Declaración interpretativa: Interprétese y reafírmese que todas las iniciativas en materia de cooperación laboral que se impulsen en el marco del Anexo 16.5 (Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades), deberán tomar en cuenta la "acción afirmativa" en favor de las mujeres y los menores de edad consignada en el artículo 71 de la Constitución Política: "Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo".

Agenda de desarrollo: Costa Rica puede ofrecer mayores garantías (que el resto de los países centroamericanos) de que no se promoverá el comercio o la inversión mediante el debilitamiento, la reducción o la no aplicación de la protec-

ción a los trabajadores contemplada en su legislación laboral interna. En este sentido, el compromiso no debe limitarse a los derechos señalados en el artículo 16.8, pudiendo extenderse a todos aquellos convenios que el país ha aprobado en el marco de la OIT (y en los que los EE. UU. muestren avances equivalentes).

Recomendación de enmienda: Establecer (por ejemplo, en el Anexo 16.5), incentivos comerciales y de otro tipo al país menos desarrollado que haga avances efectivos en su legislación laboral (enfoque positivo, no solamente punitivo).

21. Capítulo Diecisiete: Ambiental

Declaración interpretativa: Hacer explícito que la distinción entre "legislación ambiental" (según el artículo 17.13) y "legislación ambiental interna" (artículo 17.2.2), nada más es aplicable en el marco del mecanismo de solución de controversias que precisa el tratado (Capítulo 20, artículo 17). De ningún modo puede ser interpretada como una reducción o degeneración de los niveles de protección del ambiente existentes en cada país.

Agenda de desarrollo: Costa Rica puede ofrecer mayores garantías (que el resto de los países centroamericanos) de que no se promoverá el comercio o la inversión mediante el debilitamiento, la reducción o la no aplicación de la conservación y protección al ambiente contemplada en su legislación ambiental interna. En este sentido, el compromiso no debe limitarse a las protecciones y prevenciones indicadas en el artículo 17.13, pudiendo extenderse a todos aquellos convenios que el país ha aprobado en el marco de las Naciones Unidas (y en los que los EE. UU. muestren avances equivalentes).

Recomendación de enmienda: Fijar incentivos comerciales y de otro tipo al país menos desarrollado que haga avances efectivos en su legislación ambiental (por ejemplo, en el marco del Anexo 17.9 —Cooperación Ambiental).

Recomendación de reserva: Dado que el concepto de "legislación ambiental" incluido en el artículo 17.13, expresamente

no incluye ninguna ley ni regulación o disposición cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de los recursos naturales, es imprescindible revisar las medidas disconformes incluidas en el Anexo I del tratado (Lista de Costa Rica), y hacer las ampliaciones necesarias para garantizar el uso racional, sostenible y en beneficio de los costarricenses de nuestros recursos naturales.

Declaración interpretativa: Las disposiciones que pretenden proteger el ambiente contenidas en el artículo 17.3, serán interpretadas de común acuerdo con la garantía constitucional sobre el ambiente contenida en el artículo 50, párrafos segundo y tercero de la Constitución Política.

Declaración interpretativa: Solicitarle a algún especialista [13], que proponga una declaración interpretativa del artículo 17.12 (Relación con los Acuerdos Ambientales). (¿Cuál es el rango de un acuerdo internacional como el Convenio de Diversidad Biológica con respecto al TLC?).

Recomendación de enmienda: así como los EE. UU. nos obligan a ratificar acuerdos internacionales de su interés sobre propiedad intelectual, Costa Rica debería exigir un tratamiento similar en materia de protección ambiental. O al menos, una declaración de buena fe en este sentido [14].

22. Capítulo Dieciocho: Transparencia

Declaración interpretativa: Las obligaciones sobre Publicación (artículo 18.2) y Notificación y Suministro de Información (artículo 18.3), no son transferibles a los términos contetnidos en los artículos 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) y 10.7 (Expropiación e Indemnización), y no podrán ser utilizadas como argumentos en una disputa inversionista Estado, como se establece en la Sección B del Capítulo 10.

Nota aclaratoria: En algunas disputas en el marco del NAFTA ha acontecido que la empresa demandante hace uso

---

[13] La Dra. Silvia Rodríguez, por ejemplo.

[14] La Dra. Silvia Rodríguez podría hacer alguna sugerencia al respecto.

de las obligaciones contenidas en 18.2 y 18.3 para fortalecer sus alegatos en relación con eventuales violaciones a los artículos 10.5 y 10.7.

23. Capítulo Diecinueve: Administración del Tratado y Creación de Capacidades Relacionadas con el Comercio

Recomendación de enmienda: Las modificaciones al tratado contempladas en el párrafo 3, inciso (b) del artículo 19.1, deberán ser aprobadas por la Asamblea Legislativa.

Declaración interpretativa: La sugerida por el Lic Bernal Arias (Protocolos de Menor Rango):

> Interprétese que el uso del instrumento referido en el artículo 121.4, párrafo tercero de la Constitución... Protocolos de Menor Rango, es restringido y debe ejecutarse siguiendo los principios de conocimiento, información y publicidad, y cuando se trate de materia no sustantiva o que no encaje en los supuestos establecidos en el párrafo segundo del citado numeral. Los compromisos y profundización del Tratado a que llegue nuestro representante o las decisiones y directrices comunes que se adopten en la Comisión de Libre Comercio o en los Comités, y que incidan en nuestras políticas comerciales, ambientales y laborales seguirán dichos principios y procedimientos constitucionales (Decreto Ejecutivo, publicidad), y siempre que la materia no sea reserva de ley.

Lo anterior, en relación con el Anexo 19.1.4 (Implementación de las Modificaciones Aprobadas por la Comisión), párrafo primero.

Nota: El trabajo con este capítulo 19 debe centrarse en las atribuciones que se dan a la Comisión de Libre Comercio, y la necesaria aprobación del tratado por mayoría calificada [15].

---

[15] Además del Dr. Bernal Arias, el Dr. Manrique Jiménez también ha trabajado este tema.

24. Capítulo Veinte: Solución de Controversias

Declaración interpretativa: La sugerida por el Dr. Bernal Arias en relación con el artículo 20.10 (Fallos y reglas de procedimiento sobre solución de controversias):

> Esta Asamblea entiende que según las reglas universalmente reconocidas de derecho Internacional público y privado, ningún fallo arbitral "laudo", o bien, sentencia de la máxima instancia de la jurisdicción doméstica, podrá ser llevado a revisión a un órgano o mecanismo similar de apelación, por lo que así debe entenderse el Anexo 10-F del presente tratado.
> Asimismo, las disposiciones sobre la interpretación de este tratado le corresponderán a las jurisdicciones arbitrales o judiciales sin que sea posible a un órgano que se cree en el Tratado asumir estas funciones...
> También se entiende que el artículo 20.10 sobre la creación o modificación por parte de la Comisión de Libre Comercio de reglas modelo de procedimiento en materia jurisdiccional arbitral es, para el caso nuestro, de reserva de aprobación de esta Asamblea Legislativa (artículos 11 y 121.4 de la Constitución Política), caso contrario, no tendría efectos jurídicos obligantes para la República de Costa Rica.

Recomendación de reserva: Limitar la aplicación del Anexo 20.2 (Anulación y Menoscabo) a casos reales de daño o perjuicio. La redacción actual abarca "los beneficios que [las Partes] razonablemente pudieron haber esperado recibir...", lo que es muy ambiguo.

Declaración interpretativa: Hacer corresponder la figura del arbitraje internacional contemplada en este capítulo con el artículo 43 de nuestra Constitución (el arbitraje como un derecho, no como una obligación) [16].

---

[16] Sobre este tema, consultar a Manrique Jiménez y a Pablo Rodríguez.

25. Capítulo Veintiuno: Excepciones

Declaración interpretativa: Hacer compatible el artículo 21.2 (b) (Seguridad Esencial) con el Artículo XXI del GATT, sin desconocer la Carta de las Naciones Unidas.

Nota aclaratoria: Es cierto que el artículo XXI del GATT también contempla excepciones relativas a la seguridad, aun así su inciso c señala:

> No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que:
> [...]
> c. impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la *Carta de las Naciones Unidas* para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales (énfasis nuestro).

No obstante, en la redacción del 21.2 (b) del TLC se elimina la referencia a la Carta de las Naciones Unidas, lo que roza con el artículo 48 de nuestra Constitución (la supremacía de los derechos "de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República").

Declaración interpretativa: la sugerida por el Dr. Bernal Arias en materia de Seguridad Esencial:

> Interprétese que el artículo 21.2 relativo a materia de seguridad internacional... jamás será entendido por nuestro Estado como derecho a intervención política o militar de las partes contratantes, guiándose nuestro Estado por los más altos principios de su tradición civilista, democrática y pluralista, amante de la paz y del principio de autodeterminación de los pueblos, que proscribió el ejército y que subordina el orden público al poder civil.

26. Capítulo Veintidós: Disposiciones Finales

Recomendación de enmienda: Es necesario buscar una modificación del artículo 22.3 (Modificaciones del Acuerdo

sobre la OMC), puesto que el mismo condiciona cualquier avance en la redacción de los acuerdos de la OMC en favor de los países en vías de desarrollo (especialmente los relacionados con Agricultura, Servicios y Propiedad Intelectual), a su aprobación por parte de los EE. UU.

Recomendación de enmienda: Dejar sin aplicación el condicionamiento incluido en 22.7 sobre la denuncia del tratado ("a menos que las Partes acuerden otro plazo"). Como segunda opción, incorporar una *declaración interpretativa* que aclare que la modificación del plazo es en general, y no en respuesta a una solicitud particular de denuncia por parte de un Estado.

27. Anexos de Medidas Disconformes

27.1. Sobre el Anexo I

Todas las medidas disconformes incorporadas en este Anexo deben ser discutidas ampliamente, no obstante algunas de ellas son de crucial importancia: recursos naturales, electricidad, servicios profesionales, pesca, etc.

Además, hay que poner en evidencia las medidas disconformes ausentes, por ejemplo: turismo, educación privada, biodiversidad, energía, etc.

La discusión de este Anexo debe ser muy profunda, ya que las medidas que se exceptúan de la aplicación del tratado (en mayor o menor grado), tienen el inconveniente de que únicamente se pueden modificar si la modificación es conforme con el texto del tratado, pero nunca si aumenta su disconformidad.

El objetivo es lograr una revisión integral de este Anexo, promoviendo la más amplia participación ciudadana y de los distintos sectores productivos.

27.2. Sobre el Anexo II

Nota: La ventaja relativa de este Anexo II es que permite que las "medidas disconformes" puedan mantenerse en el

futuro. Aun así la lista de Costa Rica es muy reducida, limitándose a servicios de la industria cultural y a "servicios sociales", y con una amplitud limitada (no incluyen en la desaplicación los artículos 10.5, 10.7 y 10.8).

Recomendación de reserva: Aquí tenemos tres opciones:

a) excluir de la aplicación del tratado a los "servicios sociales" considerados en este Anexo (revisando la lista para ampliarla y precisarla);
b) precisar los servicios sociales contenidos en la ficha;
c) al menos agregar como parte de los artículos afectados por esta ficha, el artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización).

En este Anexo deberían estar las medidas permitidas para el impulso del cooperativismo y el sector de economía social.

Discutir qué otros sectores debieron incluirse en el Anexo II (cultura, más ampliamente, servicios estratégicos; asuntos relacionados con las desigualdades sociales, regionales y de género; ambiente, etc.).

Además, hay que tomar en cuenta dos "acciones afirmativas" en el campo social claramente incorporadas por nuestra Constitución Política:

a) la "protección especial" en favor de la familia, con especial énfasis en "la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido" (artículo 51),
b) la "protección" especial en favor de las mujeres y los menores de edad en su trabajo (artículo 71).

27.3. Sobre el Anexo III

Recomendación de reserva: Incorporar en este Anexo las medidas disconformes necesarias para garantizar la debida protección de aquellas actividades financieras orientadas hacia objetivos sociales y de desarrollo humano ("banca de desarrollo", Cooperativas de Ahorro y Préstamo, Régimen de Pensiones del Magisterio, Caja de Ande, por ejemplo).

Dos tareas adicionales

1. Preparar con suficiente fundamento la consulta a la Sala IV sobre eventuales roces de inconstitucionalidad del tratado.
2. Como parte de lo anterior, aunque como subtema especial, fundamentar debidamente los argumentos que justifican la mayoría calificada en la aprobación del tratado [17].

[17] Manrique Jiménez y la diputada Ruth Montoya, entre otros, han trabajado este tema.

Capítulo V

Verdades a medias, mentiras y viles mentiras en el debate político-ideológico sobre el TLC

Introducción

En los foros y debates en que tantos y tantas solemos participar sobre el Tratado de Libre Comercio (TLC) negociado y ya firmado con los EE.UU., así como en la propaganda masiva por los medios de comunicación, los defensores de este tratado anexionista pretenden confundir y hasta atemorizar a la población con información falsa o tergiversada sobre las supuestas bondades del tratado, minimizando sus muchos y graves inconvenientes, y presentando un panorama aterrador si Costa Rica no lo aprueba y ratifica: menores exportaciones, pérdida de empleos y huida de empresas nacionales y extranjeras hacia otras latitudes, e incluso se mencionan eventuales represalias contra el país.

En este ensayo hacemos un recuento de algunas de esas verdades a medias o llanas mentiras, con la esperanza de que la claridad sobre estos temas ayude a los cientos de jóvenes y dirigentes sociales que a lo largo y ancho del país llevan el mensaje del *No al TLC* a estudiantes, trabajadores, agricultores, amas de casa y a todos los ciudadanos dispuestos a defender a Costa Rica de las amenazas y agresiones que el tratado representa. Desde luego, no pretendo que mis opiniones sean plenamente compartidas por todos aquellos que se oponen al TLC, pero sí espero que el ensayo sea útil en las tareas de difusión, convencimiento, educación y debate.

Para cada uno de los diez puntos que se comentan, primero hago un resumen de la posición que presentan los defensores del TLC (en forma de cita y en letra itálica), para luego elaborar nuestra respuesta.

1. Quienes se oponen al TLC son aislacionistas

Costa Rica es un país pequeño. No podemos crecer ni desarrollarnos sobre la base del mercado interno. Tenemos que especializarnos y exportar. El aislamiento económico sería un suicidio.

Costa Rica, económicamente hablando, no es un país pequeño, es un país *diminuto*. Por ello, toda estrategia de desarrollo económico que se enmarque en un determinado proyecto político de país, debe ser una estrategia de desarrollo "hacia fuera", en interacción con otras economías nacionales, regionales o al nivel mundial. Esta es una verdad de perogrullo, un hecho evidente.

Sin embargo desarrollo "hacia fuera" no es sinónimo de "obsesión exportadora", ni de un simple y llano sometimiento a la estrategia neoliberal de globalización, sino que debe consistir en un "desarrollo hacia fuera", pero, "desde adentro" y "desde abajo".

"Hacia fuera", porque toda estrategia coherente de transformación económica que intente revertir el subdesarrollo, debe tener entre sus componentes más importantes una

exitosa integración (o al menos, inserción) en la economía mundial, tanto en el comercio de bienes como en el de servicios y tecnologías. Esto implica una determinada especialización, aunque no cualquier especialización, en el marco de la división internacional del trabajo. En particular, para revertir el subdesarrollo debemos intentar salir del círculo vicioso de una *inserción periférica y subdesarrollante*, que ha sido la tónica en toda nuestra historia económica (y la de América Latina y el Caribe en su conjunto).

"Desde adentro", porque esa integración (inserción) debe sustentarse en un desarrollo articulado de la economía nacional y de su tejido empresarial, productivo y tecnológico. Articulación significa, en este nivel, generación, apropiación y (re)distribución de un alto valor agregado, creación de encadenamientos productivos y de empleos de calidad, innovación y transferencia tecnológica; muy al contrario de las experiencias de enclaves de plantación, industriales y de exportación que han sido la norma durante toda nuestra historia como país formalmente independiente (inserción periférica y subdesarrollante). Desde luego, el grado de autonomía de una inserción no periférica solamente podrá ser relativo, no obstante la renuncia a la misma solo perpetúa el subdesarrollo.

"Desde abajo", porque tiene que traducirse en un desarrollo no excluyente (desarrollo inclusivo), en la construcción de una sociedad donde quepamos todos y todas, incluida la naturaleza (ambiente). No se trata de crecer para luego distribuir, sino que la propia racionalidad económica del proyecto transformador debe ser inclusiva. Además, ha de consistir en un desarrollo desde lo local y lo regional, dando prioridad al crecimiento exportador impulsado por las pequeñas y medianas empresas, así como por las empresas de economía social.

En resumen, el dilema no es estar a favor o en contra de una amplia inserción en la economía mundial, sino, del tipo de inserción de que se trate: ¿A favor o en contra de un desarrollo inclusivo y una sociedad donde quepan todos? El problema con el TLC es que sentencia un esquema de inserción anexionista, periférica y desequilibrada, limitando el papel

de nuestra economía a la agroexportación de bienes de reducida elaboración, y a la maquila de bienes manufacturados y servicios de bajo valor agregado. De poco sirve que el tratado contemple normas de origen relativamente amplias (a excepción de los textiles), si el mismo tratado (en especial el capítulo 10) implica la renuncia a la posibilidad de crear eslabonamientos productivos dinámicos (principio de trato nacional y prohibición de fijar requisitos de desempeño a la inversión extranjera).

2. Los que se oponen al TLC son nostálgicos del "Estado paternalista"

La estrategia desarrollista de los años cincuenta, sesenta y setenta se basó, entre otras cosas, en un Estado interventor que pretendía regularlo todo. Este exceso de intervención ocurrió en la economía, en la sociedad y en la política. Hoy la globalización nos exige dar más amplitud al mercado y menos al Estado. Quienes se oponen a esto son nostálgicos defensores de un Estado paternalista.

El Estado desarrollista impulsado en América Latina y el Caribe, especialmente en los treinta años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, de seguro se extralimitó en sus pretensiones de institucionalizar ámbitos de la vida pública que no le correspondían, como la organización comunal y la intervención directa en la economía sin verdaderos criterios de desarrollo. Al mismo tiempo que descuidó ámbitos esenciales para el bien común, como la lucha frontal contra la pobreza y la conservación del ambiente.

Aun así, no olvidemos que todo Estado refleja las tensiones, los conflictos y acuerdos en el seno de una determinada sociedad (nacional, regional, mundial), por lo que nunca es un juez imparcial que se coloca sobre las clases y los intereses de clase. Es síntesis de la sociedad, y como tal, necesariamente una síntesis contradictoria. De esta forma, el Estado desarrollista promovió el desarrollo de la sociedad civil, si bien en el marco de una democracia controlada y una participación ciudadana muy limitada.

Actualmente, la estrategia de acumulación de capital a escala mundial, llamada globalización, acorrala y socava muchas de las conquistas sociales y culturales logradas durante la época del capitalismo de reformas y el Estado desarrollista en América Latina y el Caribe. Más aún, esta estrategia considera a muchas de estas conquistas como "distorsiones" que obstaculizan la libre circulación del capital. Por eso se ha propuesto "flexibilizar" el trabajo, privatizar los servicios públicos y eliminar todas las trabas a la libre movilidad de las mercancías y los capitales, al mismo tiempo que (en particular en los países ricos) se mantienen barreras proteccionistas no arancelarias a las mercancías y "muros" al movimiento de las personas inmigrantes que buscan una oportunidad fuera de sus países, muchas veces sumergidos en profundas crisis económicas y sociales.

Ante este panorama, lo que hoy se impone es la recuperación del Estado social de derecho, frente a una estrategia que pretende reducirlo de nuevo a su núcleo de Estado mínimo (Estado contractual). Recuperar el Estado nacional en cuanto *Estado Social, Democrático y Solidario de Derecho*, para que sea promotor del desarrollo humano y ecológicamente sustentable, de la justicia social y la igualdad en la diversidad (igualdad en las posibilidades reales de cada uno de vivir una vida digna). A su vez, guardián de la institucionalidad democrática e impulsor de los derechos humanos individuales y sociales del pueblo costarricense; lo mismo que de la libertad de expresión, la democratización de los medios de comunicación y la pureza del sufragio. Lo anterior supone poner en un primer plano el respeto y cumplimiento de los derechos humanos jurídicamente ya reconocidos en nuestra Constitución (derechos individuales, civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales), lo mismo que la perspectiva de la ampliación del reconocimiento jurídico y el cumplimiento efectivo de otros derechos (económicos, sociales y culturales "de segunda y tercera generación").

Frente al proyecto neoliberal (TLC) y en el plano político, esta es nuestra estrategia alternativa: recuperar y fortalecer el Estado Social, Democrático y Solidario de Derecho, resistiendo la pretensión de convertir en meras mercancías a un con-

junto de servicios públicos que debemos garantizar en cuanto derechos ciudadanos: salud, educación, infocomunicaciones, seguridad social, etc. Este es el nudo de la discordia con el proyecto neoliberal que se esconde tras el TLC en materia de concepción del Estado, y no alguna supuesta nostalgia por el estatismo.

Además, con el TLC, el Estado costarricense renuncia a una formidable porción de soberanía en materia de formación y modificación de las leyes (por su rango supralegal), al uso de las compras públicas para impulsar objetivos de desarrollo humano (capítulo 9), y a la independencia y soberanía de nuestro sistema judicial (capítulos 10 y 20).

3. Oponerse al TLC es desconocer la importancia clave de la inversión extranjera para un país como Costa Rica

En países en vías de desarrollo, como lo es Costa Rica, la inversión extranjera es absolutamente fundamental para que la economía crezca y para generar empleo. El TLC simplemente brinda al inversionista extranjero mayor seguridad y un trato no discriminatorio.

La inversión extranjera puede ser un componente muy importante en toda estrategia de desarrollo, pero para ello es necesario no renunciar a la posibilidad de exigirle ciertas normas de conducta que garanticen un mínimo aporte de la misma a los objetivos del desarrollo nacional. Entre estas normas se encuentran los llamados "requisitos de desempeño", que pretenden garantizar transferencia de tecnologías y encadenamientos productivos de las empresas extranjeras con el tejido empresarial nacional. Sin este tipo de instrumentos es improbable la realización de una política industrial y tecnológica activas, en concordancia con determinados objetivos y políticas de desarrollo productivo.

Además, la inversión extranjera debe cumplir un papel complementario y no sustitutivo de la inversión nacional. Como la inversión extranjera suele dirigir su producción casi

de manera exclusiva hacia el mercado exterior, es muy importante que el fomento de la inversión doméstica sea parte de una estrategia de estímulo del empresariado nacional (en sus distintas formas jurídicas y sociales), de un mercado interno dinámico y del ahorro interno necesario para el financiamiento autónomo de dicha inversión. Y lo cierto es que ningún país de los hoy considerados "desarrollados" ha conseguido ese desarrollo gracias a, o preponderantemente por, la inversión extranjera. Asimismo, su aporte al empleo en las actuales condiciones mundiales suele ser contradictorio: en industrias intensivas en trabajo busca la explotación de mano de obra barata, y en industrias intensivas en capital suele crear muy pocos empleos relativamente mejor pagados. Para superar esta dicotomía se requieren políticas de Estado que puedan potenciar su aporte al desarrollo, puesto que nunca serán una consecuencia inmediata de la mera apertura a la inversión extranjera.

En definitiva, nuestra crítica no es una oposición ciega a la inversión extranjera en general o a la estadounidense en particular (burda mentira), sino a la renuncia, contenida en el TLC (sobre todo en el capítulo 10), de poder incidir sobre esta por medio de políticas públicas activas, para estimular (y exigir) un eventual aporte de la misma al desarrollo nacional.

4. Quienes se oponen al TLC, lo denuncian falazmente como si se tratara del Apocalipsis

Los críticos del TLC satanizan el tratado (y son como los jinetes del Apocalipsis), haciéndolo aparecer como catastrófico y entreguista de nuestra soberanía. El TLC no será perfecto, pero sí ayudará a combatir la pobreza y a impulsar el desarrollo.

No es necesariamente cierto que la aprobación del TLC sea una especie de Apocalipsis para Costa Rica, aunque de seguro sí sería la ruina para miles de pequeños agricultores y empresarios que no podrán enfrentar la competencia desleal

de las importaciones subsidiadas desde los EE. UU. Pero con el TLC sí renunciamos a dos aspiraciones capitales como país: el derecho a ser Nación soberana y el derecho a ser una país que pueda alcanzar un alto desarrollo humano.

Renunciamos a ser Nación soberana porque el TLC determinaría el norte y los contenidos esenciales de las políticas públicas a futuro, imponiendo el neoliberalismo como la ideología oficial del Estado en múltiples y cruciales áreas de la política (no solamente la política comercial). Ni con la aprobación unánime de la Asamblea Legislativa se podrían crear nuevas leyes o modificar las actuales, si esto va a contrapelo de la nueva constitución económica: el TLC. Por eso, no se trata de un mero "instrumento", que pueda utilizarse para bien o para mal y en el marco del pluralismo político que garantiza nuestra Constitución.

Renunciamos al desarrollo porque el TLC nos encapsula en un marco de relaciones centro-periferia anexionista que sentenciaría nuestro papel como economía maquiladora, tanto de bienes como de servicios de bajo valor agregado. Bajo el actual orden económico mundial es prácticamente imposible que un país pequeño como Costa Rica se convierta en un país "desarrollado" (promesa electoral demagógica), no obstante sí es posible (incluso bajo el orden mundial imperante) una estrategia de *reversión del subdesarrollo* que nos permita superar sus rasgos más grotescos, como la pobreza extrema, la precariedad institucional y la destrucción del ambiente.

5. Si Costa Rica no aprueba y ratifica el tratado habrá efectos devastadores en la economía

Si Costa Rica no aprueba y ratifica el tratado, los resultados serán catastróficos. Perderemos mercados, exportaciones y miles de empleos. El país se sumiría en la pobreza.

Lo anterior se le presenta a la población como resultado de la pronta conclusión de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC, ver recuadro No. 1), o en un caso extremo, de la

exclusión inmediata de Costa Rica de este programa comercial si no se aprueba el tratado.

Recuadro No. 1

La Iniciativa de la Cuenca del Caribe

En el año 1983, EE. UU. impulsó la llamada Acta de Reconversión Económica de la Cuenca del Caribe (CBERA, por sus siglas en inglés, más conocida como ICC o CBI), mediante la cual otorgaba unilateralmente un tratamiento arancelario preferencial a las mercancías provenientes de los países de la Cuenca del Caribe (en total 24, entre ellos todos los centroamericanos). La Ley entró en vigencia el 1 de enero de 1984 y fue declarada permanente en 1990.
En mayo de 2000 se dio una importante ampliación de la ICC, mediante la aprobación de la ley de Asociación Comercial EE. UU.–Cuenca del Caribe (U.S.–*Caribbean Basin Trade Partnership Act* o CBTPA), como parte de la Ley de Comercio y Desarrollo de 2000 *(Trade and Development Act of 2000)*.
Esta última cubre fundamentalmente textiles y prendas de vestir y vence el 30 de setiembre de 2008.

5.1. ¿Qué tan importantes son la ICC y la CBTPA en la estructura de las exportaciones centroamericanas hacia los EE. UU.?

El cuadro de la página 146 responde esta relevante pregunta.

Como se aprecia, para la mayoría de los países centroamericanos la importancia de la ICC es hoy en día muy reducida, al tiempo que ha crecido la dependencia con respecto a la CBTPA, muy alta para Honduras, República Dominicana y El Salvador. Lo anterior debido a la alta especialización de textiles y prendas de vestir de las exportaciones centroamericanas a los EE. UU., con excepción de Costa Rica y, en menor medida, Nicaragua.

Centroamérica y República Dominicana: Importancia de la ICC y la CBTPA en sus exportaciones a los EE. UU.

País	Exportaciones a los EE. UU. por la ICC en 2004 (%)	Exportaciones a los EE. UU. por la CBTPA en 2004 (%)
Costa Rica	17,3	11,3
República Dominicana	18,4	38,3
Honduras	0,5	58,6
El Salvador	1,9	52,9
Nicaragua	13,6	19,7
Guatemala	8,9	28,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos de la U. S. International Trade Comission.

5.2. El caso costarricense visto más de cerca

Según información de la base de datos de la Comisión de Comercio Internacional de los EE. UU. (USITC), en el año 2004 únicamente el 17,3% de las exportaciones desde Costa Rica hacia los EE. UU. ingresaron bajo la ICC (32% en 1997), y apenas el 11,3% bajo la CBTPA (14% en 2001). Estamos hablando entonces de un total de 28,6% de las exportaciones ticas o de capital extranjero radicado en Costa Rica hacia los EE. UU., o sea, cerca de un 14% de las exportaciones totales en el 2004. El cuadro de la página 147 precisa esta información.

Ciertamente, las exportaciones desde Costa Rica que ingresan por ICC (CBI) y por CBTPA a los EE. UU. no son una cantidad despreciable, aunque nada más llegan al 28,6% (aproximadamente 14% de las exportaciones totales). Con todo, hay que poner esto en la balanza con los riesgos que también enfrentan miles de pequeños productores y empresarios en caso de aprobarse el tratado. Y claro está, tomar en

Costa Rica: exportaciones a los EE. UU.
según diferentes programas arancelarios (1997, 2004)

Categoría	Exportaciones en 2004 (a) (miles de dólares)	Por-centaje	Exportaciones en 1997(a) (miles de dólares)	Por-centaje
Importaciones generales	3 332 940	100,0	2 323 429	100,0
CBTPA (textiles)	375 643	11,3	0	0
CBI (Cuenca del Caribe)	578 766	17,3	746 417	32,2
GSP (Sistema Generalizado de Preferencias)	100 396	3,01	59 992	2,58
Sin Programa (No Program Claimed)	2 155 741	64,7	1 510 594	65,01
Otros (no identificados)	122 394	3,7	6 426	0,3

(a) Valor registrado en la aduana estadounidense *(customs value)*, excluyendo los impuestos de importación, flete, seguro y otros cargos.
Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos de la U. S. International Trade Comisión (USITC).

cuenta las cruciales renuncias en materia de soberanía política, estatal, comercial y de seguridad alimentaria que implicaría el tratado. Pero en definitiva, casi el 72% de las exportaciones desde Costa Rica a los EE. UU. no pasan por la ICC ni por la CBTPA, por tanto, no están "en riesgo" por la finalización de estos programas en 2008.

La ICC es un programa unilateral concedido por los EE. UU. (no por ello "gratuito"), que en sus inicios era temporal y que en 1990 fue declarado permanente. Ahora los EE. UU. declaran su interés de darlo por finalizado en setiembre de 2008, sin embargo eso no ocurrirá hasta que el resto de países caribeños lo sustituyan por un acuerdo comercial similar como el TLC. Esto nos da dos o tres años para intentar negociar un nuevo acuerdo bilateral (difícilmente con la actual administración Bush), que no menoscabe el derecho soberano del pueblo costarricense a definir su propio estilo de desarrollo económico y social ,y las formas de integración en la economía mundial que mejor propicien el bien común y la convivencia pacífica y democrática.

Además, téngase en cuenta que las principales empresas radicadas en Costa Rica y que exportan a los EE. UU. por medio de la ICC, son de capital estadounidense: piñas (Del Monte), empaques de hule (Terramix), llantas (Firestone), secadoras de pelo (Conair).

5.3. Los textiles y la CBTPA

Para profundizar en el tema textil, ciertamente uno de los más delicados, la siguiente tabla muestra las exportaciones en el sector de textiles y prendas desde Costa Rica hacia los EE. UU. en 2003 (la mitad de las empresas exportadoras son de capital estadounidense), el arancel promedio por capítulo arancelario en ese mismo año, y el arancel promedio prevaleciente en 1999, antes de la entrada en vigencia de la CBTPA. Se trata, al decir de PROCOMER, del sector más vulnerable, no como resultado directo de la no aprobación del TLC, sino de la eventual expiración de este programa preferencial (CBTPA) que cobija al 70% de las exportaciones del sector (el 30% restante no ingresa por la CBTPA).

Costa Rica: exportaciones a los EE. UU. de textiles y prendas de vestir (2003)

Capítulo arancelario del sistema armonizado	Exporta. en 2003 (millones de dólares)	Arancel promedio en 2003 (porcentaje)	Arancel promedio en 1999 (porcentaje)
51 Lana y pelo fino u ordinario, hilados y tejidos de crin.	0	27,14 (2002)	30,59
52 Algodón.	0	5,71	3,55
53 Las demás fibras textiles vegetales, hilados de papel y tejidos de hilados de papel.	0	—	—
54 Filamentos sintéticos o artificiales.	1	0,45	8,75
55 Fibras sintéticas o artificiales discontinuas.	0	15,54	15,18
56 Guata, fieltro y telas sin tejer, hilados especiales, cordeles, cuerdas y cordajes, artículos de cordelería.	4	4,16	6,30
57 Alfombras y demás revestimientos para el suelo, de materias textil.	0	3,67	6,73
58 Tejidos especiales, superficies textiles con pelo insertado, encajes, tapicería, pasamanería, bordados.	1	0,75	7,06
59 Tejidos impregnados, recubiertos, revestidos o artículos textiles.	0	0,31	5,57
60 Tejidos de punto.	1	12,07	12,07
61 Prendas y complementos de vestir, de punto.	309	2,59	4,07
62 Prendas y complementos de vestir excepto los de punto.	281	1,80	6,07
63 Los demás artículos textiles confeccionados, conjuntos o surtidos, prendería y trapos.	0	4,44	0,36

Fuente: Elaboración con base en el United States Imports of Merchandise (2003) y CEPAL 2004 (MAGIC).

Como se observa del cuadro anterior, la situación para los capítulos arancelarios 61 y 62, donde se concentra la práctica totalidad de las exportaciones hacia los EE. UU., no es particularmente gravosa, ni siquiera en el caso de tener que regresar a los aranceles vigentes en 1999 (antes de la entrada en vigencia de la CBTPA). Es decir, hay tiempo y margen para una reconversión del sector mientras expira la CBTPA, lo que de manera inicial está previsto que ocurra en setiembre de 2008. Y si Costa Rica optara por negociar otro tratado con los EE. UU., podría solicitar una extensión de este plazo mientras se desarrollan las negociaciones, más aún, tomando en cuenta que más del 80% de estas exportaciones corresponden a empresas de capital estadounidense: Sar Lee, Bali, Carters, VFC Corporation, Warnaco, etc.

Además, hay que tomar en cuenta lo siguiente: es cierto que la CBTPA vence en setiembre de 2008 (plazo ya fijado aunque no por ello irrevocable), aun así hay que advertir que un 30% de las exportaciones costarricenses de prendas de vestir a los EE. UU. no dependen de este programa unilateral (según cifras de exportaciones en 2004). En caso de que no se pudiera negociar una extensión de tiempo, siempre se cuenta con casi tres años para lograr una reconversión productiva del sector a fin de hacerlo más competitivo. Asimismo, no son los 18.000 empleos del sector textil los que están en riesgo, sino unos 14.000, a lo sumo (el 70%).

Mientras Costa Rica continúe con los actuales niveles arancelarios mantenidos en la CBTPA, la situación no es alarmante. Incluso, una vuelta a los aranceles prevalecientes en 1999 (antes de la aprobación de la CBTPA) tampoco sería desastrosa, siempre que se aprovechen estos tres años para obtener ganancias de competitividad (la agenda de desarrollo que necesariamente debe ponerse en marcha, al tiempo que se intenta negociar un tratado bilateral).

5.4. ¿Y los empleos en riesgo?

Es claro que los 73.000 empleos directos en riesgo que menciona el estudio de PROCOMER de noviembre de 2003,

no están en riesgo automático como consecuencia de la no aprobación del tratado, sino por la eventual expiración de la ICC y la CBTPA; lo que ocurriría, en el peor de los casos, en setiembre de 2008. La materialización de este riesgo solamente se daría si Costa Rica no aprueba el tratado y, además, no se hace nada para equiparar o mejorar la situación de las empresas que exportan bajo estos dos programas.

El número de empleos en riesgo entre los pequeños empresarios y productores agropecuarios que deberán enfrentar la competencia estadounidense, tanto en el mercando nacional como en el centroamericano, es muy similar a aquellos 73 mil invocados por PROCOMER. Son los empleos en riesgo por la aprobación del tratado.

También hay que tener en cuenta que muchas de las empresas que exportan desde Costa Rica a los EE. UU. e inscritas en la ICC y la CBTPA son de capital estadounidense, han hecho cuantiosas inversiones y han obtenido significativas ventajas en este país, y algunas de ellas poseen suficiente poder de *lobby* como para incidir en las decisiones comerciales de los EE. UU. hacia Costa Rica. No es necesariamente cierto que estas empresas "empacarían sus maletas" y se irían del país. Esta posibilidad es más un chantaje que una realidad.

En resumen, más del 70% de las exportaciones de Costa Rica hacia los EE. UU. no dependen de la ICC ni de la CBTPA, muy al contrario de la información engañosa y el terrorismo psicológico promovido por los defensores del TLC. Tampoco está en riesgo alguno el empleo que estas empresas (nacionales o extranjeras) han creado en Costa Rica. Luego, si el conjunto de empresas que exportan a los EE. UU. emplean a unos 250.000 trabajadores directos (según PROCOMER), al menos un 70% de estos empleos, cerca de 175.000, no enfrentan ningún tipo de riesgo. Entre estas empresas se encuentran la mayoría de las ubicadas en zonas francas y que exportan circuitos integrados y microprocesadores, aparatos médicos, bolas de béisbol, partes para aparatos mecánicos, el 30% de las prendas de vestir; lo mismo que las exportaciones de banano, plátanos, café, tilapia, entre otros.

El otro argumento que se utiliza entre corrillos es que si Costa Rica no firma el tratado, podría verse expuesta a sanciones y represalias comerciales por parte de los EE. UU., lo que más que un argumento, es un llamado a que tales amenazas se esparzan y lleguen a los oídos de la población. Lo realmente triste de todo esto es que tales supuestas amenazas se originen en nuestro propio país. No aprobar el TLC negociado no es, ni de lejos, declararle una guerra diplomática a los EE. UU., sino exigir la negociación de un nuevo tratado (o su renegociación integral) en condiciones más dignas y provechosas.

6. El TLC: ¿simple instrumento de una política de desarrollo?

No hay que sobredimensionar el alcance del TLC. Es un instrumento muy importante para el desarrollo, pero solo eso, un instrumento. Dependerá de nosotros si lo aprovechamos o no.

Quienes piensen que el TLC negociado es una especie de "instrumento" de la política de desarrollo, del cual se pueden aprovechar sus oportunidades al tiempo que se enfrentan sus amenazas, tendrían que demostrar que no se trata de una formidable pieza de doctrina neoliberal que determinaría de manera contundente el norte y el contenido de cualquier visión de país que se proponga.

En otro ensayo ("TLC, política económica y pluralismo político", incluido en este mismo libro), he intentado demostrar que los principales principios teóricos y las más reconocidas recomendaciones de la política económica neoliberal se encuentran de forma clara y explícita a lo largo y ancho del tratado, a la mejor manera de la escuela de Chicago. En este momento me limito a presentar al lector el decálogo de las políticas neoliberales tal como en efecto aparecen en distintos capítulos del tratado, unas con mayor contundencia y amplitud que otras:

I. Gobierno pasivo y políticas económicas neutrales.

II. Producción libre de interferencias públicas; redistribución eventual solo ex post, preferentemente en transferencias monetarias.
III. Estado no productor. Privatización de empresas públicas. Hincapié en la empresa privada capitalista.
IV. Atomización de los agentes económicos; desestímulos a los sindicatos y asociaciones profesionales.
V. Sistema tributario neutro, salvo sesgos para promover el ahorro y la inversión privados.
VI. Sistema financiero libre, orientador espontáneo de la estructuración de la oferta y demanda de bienes y servicios; tasa de interés flexible, determinada libremente por el mercado. Banco Central autónomo de la autoridad política.
VII. Libre comercio. a) apertura indiscriminada y unilateral a todo el mundo, b) arancel nominal uniforme y bajo, lo más cercano posible a cero como objetivo, eliminación de mecanismos para-arancelarios; c) fomento de las exportaciones mediante el tipo de cambio y la liberalización de las importaciones.
VIII. Tipo de cambio único: tasa libre (monetarismo a la manera de Friedman, o de economía cerrada) o fija (enfoque monetario de la balanza de pagos).
IX. Los movimientos de capitales, sean créditos o inversión extranjera, deben ser libres y su asignación quedar librada al mercado; la inversión extranjera debe competir libremente con los empresarios nacionales, sin restricciones sectoriales.
X. Las ventajas comparativas son definidas y fácilmente identificables en un mercado libre. No hay sectores productivos prioritarios.

Ahora que, lo más grave es que todas estas políticas neoliberales tendrían rango superior a la legislación interna, por lo que el TLC es equivalente a imponer una "constitución económica neoliberal" y, por tanto, una "dictadura neoliberal", a contrapelo del pluralismo político que garantiza nuestra Constitución Política.

7. ¿Por qué tanta bulla con este TLC, si ya estamos en la OMC, que nos obliga a las mismas disposiciones que el TLC?

Costa Rica es uno de los países fundadores de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y también somos parte del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS, o GATS, por sus siglas en inglés) y del Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). Y como el TLC no altera sustancialmente los compromisos internacionales ya adquiridos, entonces, ¿cuál es el problema?

Ciertamente, Costa Rica es parte de la OMC y ha ratificado varios de sus principales acuerdos. El problema es que los EE. UU. están utilizando los tratados comerciales bilaterales como el TLC con Centroamérica y República Dominicana para imponer normas y procedimientos más estrictos y profundos que los ya establecidos en la OMC, en favor, desde luego, de su propia agenda comercial y geopolítica.

Así por ejemplo, las siguientes disposiciones del TLC en materia de propiedad intelectual (capítulo 15) van más allá del ADPIC:

—En el TLC no se incluye ningún esfuerzo para crear nuevas disposiciones que hagan posible el uso de licencias obligatorias, sino que se fortalecen los derechos para las empresas que ya existen bajo el ADPIC.

—Se prolongan las patentes para compensar al dueño de la misma por las demoras en el otorgamiento de dicha patente, a pesar de que los veinte años de vigencia de las patentes bajo el ADPIC ya toman en cuenta la posibilidad de demoras (TLC, Artículo 15.9.6 (a) y 15.9.6 (b)).

—Se exige a las autoridades responsables de la calidad de las medicinas notificar al dueño de una patente de la identidad de cualquier empresa que busca el derecho de vender una versión genérica de un medicamento patentado. Esto impone a las instancias de salud pública, que deben preocuparse exclusivamente de la calidad y seguridad de las medicinas autorizadas, una obligación adicional de

proteger los derechos de los dueños de patentes (TLC, Artículo 15.10.2 (b)).

—Se exige proteger la información que una empresa farmacéutica usa para mostrar que su producto es sano (protección de los datos de prueba). Esto ocasiona otra dificultad para los productores genéricos que deberán replicar las costosas pruebas de seguridad hechas por el dueño de la patente, en vez de únicamente mostrar la "bioequivalencia" de su producto (TLC, Artículo 15.10.1 (a)).

—La obligación de patentar las variedades vegetales bajo los lineamientos de convenios internacionales como el Acta de UPOV de 1991 (Artículo 15.1.5 (a)).

Y con respecto al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS o GATS):

—En el TLC (capítulo 11) los principios de trato nacional y acceso a mercados se aplican como obligaciones generales (liberalización por lista negativa), a diferencia del AGCS, donde la liberalización es por listas positivas o compromisos específicos.

—Con lo anterior se burla el principio de flexibilidad del AGCS (Artículo XX) que permite a los países en desarrollo abrir menos sectores y liberalizar menos transacciones de conformidad con su grado de desarrollo.

—En el TLC no se incluyeron medidas de salvaguardia en materia de servicios, al tiempo que la gran mayoría de los servicios gubernamentales quedaron incorporados en el acuerdo, con reservas limitadas en cantidad y alcance.

—No obstante, los EE. UU. aplicaron una medida disconforme (Anexo I) que protege todas las leyes estatales disconformes vigentes, y otra en el Anexo II donde limitan sus compromisos de liberalización en materia de servicios a sus compromisos ya adquiridos en el AGCS. O sea, el TLC es un "GATS plus" para Costa Rica, no así para los EE. UU.

Dos claros ejemplos (servicios y propiedad intelectual) de cómo el TLC impone al país obligaciones de liberalización

y desregulación más allá de la OMC, para no mencionar las aperturas impuestas (¿o sugeridas desde Costa Rica?) en seguros y telecomunicaciones.

8. Un TLC similar a los anteriores que ya el país ha aprobado

Si revisamos el contenido de los tratados ya firmados con México, Canadá y Chile, entre otros, así como los muchos acuerdos de inversión ya existentes, veremos que el TLC con los EE. UU. es esencialmente similar. Precisa y profundiza algunos puntos, pero no es marcadamente distinto. Entonces, ¿por qué tanta oposición a este tratado, si incluso algunos de sus críticos apoyaron aquellos otros tratados.

En la siguiente tabla, y a modo de ejemplo, se hace un análisis comparativo de las principales disposiciones en materia de inversión entre el capítulo 10 del TLC con los EE. UU. y el Acuerdo de Inversión con Gran Bretaña e Irlanda, el cual fue suscrito el 7 de septiembre de 1982, pero autorizado hasta el 31 de octubre de 1997 mediante Ley No. 7715.

9. Ventajas del TLC: ¿más exportaciones, más inversión extranjera, más empleo?

El TLC abre importantes oportunidades económicas para Costa Rica. El 99% de la oferta exportable entrará libre de arancel a un mercado de 288 millones de habitantes, lo que impulsará las exportaciones y el empleo. Además, esto atraerá mayor inversión extranjera.

Según datos de la Comisión de Comercio Internacional de los EE. UU. (USITC), en el año 2003 el 93.5% de las exportaciones desde Costa Rica a los EE. UU. ya ingresaron libre de todo arancel (arancel cero), y como vimos antes, no precisamente por la ICC o la CBTPA, sino por programas de desgravación multilaterales al amparo del GATT de la OMC (arancel de nación más favorecida). En ese mismo año, el arancel

Análisis comparativo entre el TLC con los EE. UU. y el Acuerdo de Inversión entre Costa Rica y Gran Bretaña e Irlanda

Obligación	TLC EE. UU. (Capítulo Diez)	Acuerdo de Inversión con G B – Irlanda
Definición de inversión	Definición sumamente amplia y abarcadora. Incluye prácticamente todos los tipos de propiedad, ya sean directos o indirectos, reales, intangibles o contingentes.	Hace una distinción entre "inversión de capital" y "rentas" de la inversión. No incluye "la expectativa de obtener ganancias o utilidades" ni "el asumir riesgo". Incluye concesiones y derechos de propiedad intelectual, pero no licencias.
Definición de territorio para Costa Rica	Definición genérica que incluye el espacio aéreo, la zona económica exclusiva y la plataforma continental (EE. UU. se limita a su espacio aduanero).	Incluye solo el espacio terrestre continental más la isla del Coco. No incluye el espacio aéreo ni el mar patrimonial. Por tanto, las obligaciones del acuerdo no se extienden a estos espacios del territorio.
Trato nacional	Amplio y detallado. Hace una distinción entre "inversionistas de otra Parte" e "inversiones cubiertas".	Similar en su concepción, pero aclara que se circunscribe al territorio previamente definido.
Expropiación	Se consideran expropiaciones tanto directas como indirectas. Estas últimas se precisan en el Anexo 10-C. La indemnización contemplada no considera la reserva prevista en el Artículo 45 de la Constitución Política (casos de guerra o conmoción interna).	Se limita a las "inversiones de capital" (no abarca las "rentas"). Incluye una nota de interpretación para hacer concordar el Artículo V del Acuerdo (Expropiación), con el Artículo 45 de la Constitución Política. No incluye el término de "expropiación indirecta".

Transferencias	Libre transferencia, excepto en casos como quiebra o infracciones penales.	Se establece la libre transferencia de las inversiones y rentas, pero se aceptan restricciones en caso de dificultades en la balanza de pagos.
Requisitos de desempeño	En términos generales, se prohíbe la imposición de requisitos de desempeño, con algunas excepciones.	No hay un artículo sobre requisitos de desempeño, sino uno sobre "Fomento y protección de inversiones" (Artículo II). Las Partes se comprometen a crear condiciones favorables para los inversionistas de la otra Parte, lo mismo que protección y seguridad. Los estímulos a la inversión deben ser consistentes con los planes y políticas de desarrollo. Las inversiones posteriores a la creación de nueva legislación, deberán establecerse de acuerdo con la misma.
Resolución de controversias	Cláusula Inversionista-Estado. Arbitraje forzado y directo en CIADI o UNCITRAL si así lo dispone el demandante (inversionista).	Jurisdicción bajo el CIADI por conciliación o arbitraje. Se contempla la posibilidad de "medidas locales" antes de someter la controversia al CIADI.
Duración y denuncia	No establece plazo de duración. La denuncia surte efecto seis meses después de su notificación por escrito, "a menos que las Partes acuerden otro plazo".	Duración de diez años. La denuncia (después de estos diez años) entra en vigor doce meses después de su notificación por una de las Partes, sin ningún tipo de condición.

promedio que pagaron las exportaciones costarricenses para ingresar al mercado estadounidense fue de 0,42% (esto es, ni un medio punto porcentual).

El cuadro de la página 160 muestra la tasa arancelaria promedio para el período 1990-2003, así como la registrada en el año 2003 en los dieciocho capítulos arancelarios que para ese año concentraron el 95% de las exportaciones desde Costa Rica hacia los EE. UU.

Debido a este panorama, de ya amplio acceso de las exportaciones costarricenses al mercado de los EE. UU., con aranceles decrecientes en la última década, el impulso exportador del TLC para Costa Rica será, en sí mismo, muy reducido, dados los bajos niveles arancelarios ya existentes. Los siguientes capítulos arancelarios mantenían hasta 2003 aranceles relativamente altos (porcentaje entre paréntesis), no obstante prevalecen en ellos barreras de carácter no arancelario (medidas sanitarias, cuotas):

- Leche y productos lácteos (11,36%).
- Preparaciones de carne, de pescado o de crustáceos (9,06%).
- Fibras sintéticas o artificiales discontinuas (15,54%).
- Tejidos de punto (12,07%).

Con todo, para que estos sectores puedan potenciar su crecimiento será necesario superar barreras no arancelarias (lácteos, preparaciones de carne), o desarrollar grandes ventajas competitivas (fibras y tejidos).

Un sector como el de prendas de vestir, con aranceles todavía relativamente altos, podrá ser aprovechado por algún tiempo por los otros países centroamericanos, gracias a su "ventaja competitiva" de bajos salarios, no así por Costa Rica, que ni siquiera pudo aprovechar la puesta en marcha de la CBTPA en el año 2000 para incrementar sus exportaciones en este sector (ver recuadro 2). Esta "oportunidad" es hoy todavía más incierta, dada la creciente competencia de las exportaciones de prendas de vestir chinas (la principal amenaza del sector en la actualidad).

Exportaciones desde Costa Rica a los EE. UU. y tasa arancelaria promedio, según capítulo arancelario (con exportaciones mayores a los $25 millones)

Capítulo arancelario [a]	Exportaciones en 2003 (millones de dólares)	Arancel promedio 1990-2003 (%)[b]	Arancel promedio 2003 (%)[b]
Total	3 362	2,13	0,42
2. Carnes y despojos comestibles	25	0,03	0,01
3. Pescados y crustáceos	69	0,00	0,00
6. Plantas vivas y productos de la floricultura	45	0,04	0,00
7. Legumbres y hortalizas (raíces de yuca)	46	0,03	0,01
8. Frutos comestibles (bananos, piñas, melones)	519	0,00	0,00
9. Café	126	0,00	0,00
20. Preparaciones de legumbres u hortalizas	60	0,02	0,02
39. Materias plásticas	31	0,17	0,18
40. Caucho y manufacturas de caucho (neumáticos, empaquetaduras)	62	0,02	0,01
61. Prendas y complementos de vestir, de punto (bragas)	309	5,35	2,59
62. Prendas y complementos de vestir, excepto los de punto (pantalones, calzoncillos)	281	7,73	1,80
72. Piedras y metales preciosos.	34	0,08	0,02
84. Aparatos y artefactos mecánicos, partes de estas máquinas (máquinas para el procesamiento de datos)	117	0,18	0,01
85. Máquinas, aparatos y material eléctrico y sus partes (circuitos integrados y otras partes)	814	0,09	0,03
90. Instrumentos y aparatos de óptica y médico quirúrgicos (instrumentos y aparatos de medicina, cirugía y veterinaria).	480	0,13	0,00
94. Muebles y mobiliario médico	25	0,02	0,00
98. Importación de mercancías mediante operaciones especiales	116	0,00	0,00
99. Código no identificado	42	0,00	0,00

(a) Entre paréntesis las principales subpartidas a seis dígitos.
(b) Redondeo a dos dígitos. Como se trata de un promedio, habrá partidas arancelarias con arancel menor o mayor.
Fuente: Elaboración con base en el United States Imports of Merchandise (2003) y CEPAL 2004 (MAGIC).

Recuadro No. 2

Los datos alegres del COMEX en mayo de 2000: ¿mal cálculo o engaño?

A continuación, un extracto del comunicado de prensa CP-052 del COMEX, de fecha 11 de mayo de 2000, en el cual se celebra la extensión por parte de los EE. UU. de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe a los textiles (CBTPA), lo que hacía presagiar una importante expansión del sector textil en Costa Rica.

El señor Ministro de Comercio Exterior Tomás Dueñas manifestó su complacencia por la aprobación de esta Ley, la cual sin duda traerá importantes beneficios para el país, sobre todo para el sector textil y de la confección, en donde se espera que se generen entre 5.000 y 6.000 empleos más en los próximos dos años. Actualmente este sector emplea a 35.000 trabajadores.

Asimismo, el Ministro manifestó que con la aprobación del proyecto se espera que en los próximos dos años se produzca un aumento en las exportaciones cercano a los 100 millones de dólares. Las exportaciones del sector textil y de la confección a los EE. UU. representan el 21% de las exportaciones totales costarricenses a ese mercado. Durante 1999, se exportó en este rubro una suma cercana a los 725 millones de dólares.

No obstante, los datos oficiales muestran todo lo contrario: las exportaciones se han reducido en $200 millones, el número de empresas se ha reducido a la mitad y los puestos de trabajo han diminuido en un 50%. ¿Mal cálculo o engaño? Y hoy pretenden que les volvamos a creer.

Con razón el Banco Mundial estima que el crecimiento de las exportaciones costarricenses (excepto textiles), como consecuencia del TLC será, en el primer año, apenas de unos $5 millones, casi nada comparado con los casi $3.500 millones que actualmente se exportan [1]. En este mismo sentido, dos

[1] World Bank, *DR-CAFTA: Challenges and Opportunities for Central America:* 107, Table A1.

economistas estadounidenses, totalmente favorables al llamado "libre comercio", expresaron lo siguiente a *The Wall Street Journal Americas*:

> Los beneficios económicos inmediatos del Cafta son tan nebulosos, dice el economista Carl Ross, un analista de Bear Stearns, que no los puede incorporar en sus predicciones económicas para la región. Gary Hufbauer, un economista en el Institute for International Economics, a favor del libre comercio, dice que el prospecto de elevar la inversión extranjera en América Central es poco más que una esperanza.
> Las limitadas oportunidades de comercio del Cafta hacen que sea poco probable que se den dramáticas ganancias [2].

Una situación distinta hubiese sido posible si, a pesar de lo anotado, Costa Rica hubiera logrado conquistas importantes en materia de barreras no arancelarias, lo que en general no ocurrió: ni los subsidios internos a la agricultura ni las normas anti-*dumping* que aplican los EE. UU. fueron sujeto de negociación. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se negociaron más allá de lo que ya existe en la OMC y de algunos vagos compromisos adicionales; y algunas cuotas fueron aumentadas, pero no eliminadas (azúcar, etanol).

Y con respecto a la inversión extranjera, diversos estudios han comprobado que las normas de inversión que garantizan privilegios para los inversionistas extranjeros (como las incluidas en el TLC), no explican el flujo de inversión extranjera hacia los países en desarrollo (ver Recuadro 3), sino más bien y como es consabido, la cantidad, calidad y costo de la mano de obra; la cobertura y calidad de la infraestructura física y tecnológica; la cercanía a los mercados de destino; la estabilidad política y económica del país; la seguridad ciudadana, entre los factores más importantes. ¿Por qué Intel se instaló en Costa Rica y no en México, a pesar de existir en ese momento un TLC entre los EE. UU. y México? Muy fácil: por las ventajas y facilidades que le ofreció Costa Rica. ¿Por qué El Salvador solo recibe la tercera parte de inversión extranjera que Costa Rica, pese a contar con leyes

[2] "Beneficios del Cafta no son claros para la región". *El Financiero*, 25-31 de julio de 2005.

más favorables a la "libertad económica" del capital transnacional? De nuevo, por las ventajas que Costa Rica mantiene en términos de mano de obra calificada y estabilidad social y política, entre otras.

Recuadro No. 3

¿Sirven las protecciones a los inversionistas extranjeros contenidas en los TLC y en los TBI para atraer inversión extranjera directa?

Las normas sobre inversiones contenidas en el TLCAN, el TLC CA-RD-EU, los TBI (Tratados Bilaterales de Inversión) y en muchos Tratados de Libre Comercio han sido empacadas y vendidas a los líderes mundiales como una herramienta para atraer mayor inversión extranjera directa (IED) y para incrementar el comercio. El presidente Antonio Saca de El Salvador cree que

...el TLC CA-RD-EU brinda a una nueva generación de empresas la oportunidad de invertir en nuestro país, fomentando así el crecimiento económico, el aumento de los ingresos y la diversificación de la economía.

¿Pero podrá acaso el capítulo de inversiones del TLC CA-RD-EU satisfacer esas expectativas, suscitadas por la repetición de una afirmación durante décadas? Las evidencias de que eso no ocurrirá comienzan a acumularse.

En 2003, el Banco Mundial publicó un estudio analizando los flujos de IED de 20 de los países más ricos —miembros de la selecta Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)— hacia 31 países en desarrollo durante los últimos veinte años. Señalando que los países miembros de la OCDE son la fuente de más del 85% de la IED hacia los países en desarrollo, el estudio concluyó que

...el análisis de veinte años de flujos bilaterales de IED de [los países de] la OCDE a los países en desarrollo arroja poca evidencia de que los TBI hayan estimulado inversiones adicionales.

Un estudio reciente de la Universidad de Yale que realiza un análisis econométrico similar con información de 176 países, reveló que "en general los TBI parecen tener poco impacto en la IED". Aun más sorprendente, el estudio de Yale halló poca relación entre la existencia de un tratado

bilateral con los EE. UU. y los niveles de IED provenientes de ese país. Un estudio todavía no finalizado de la Universidad Tufs confirma estos hallazgos. Según Tufs, los TBI no han surtido ningún efecto para atraer IED a América Latina, especialmente de los EE. UU.
Fuente: Capítulo 11 de *El TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamerica.* Public Citezen, Agosto 2005, págs. 84s.

10. Ventajas adicionales del TLC: mayor seguridad jurídica para el comercio y la inversión

El TLC consolida el régimen preferencial de exportación que abarca la ICC y la CBTPA, ofreciendo mayor seguridad jurídica para las exportaciones y los inversionistas.

En materia comercial, lo primordial del "desprendimiento" estadounidense fue "consolidar" el acceso al mercado actualmente ya existente (sin tocar en lo fundamental su proteccionismo en materia no arancelaria: subsidios internos y legislación anti-*dumping*), aunque para ser más precisos, solo en lo que respecta al 28,6% de las exportaciones costarricenses (ICC + CBTPA), pues el 70% restante ya está consolidado por la OMC o por otros programas multilaterales que los EE. UU. no pueden eliminar a discreción (trato de nación más favorecida).

A cambio, Costa Rica expone a la gran mayoría de sus "productos sensibles" (miles de pequeños productores agropecuarios) a una competencia desleal que será imposible de superar, además de aceptar la agenda estadounidense en materia de servicios, inversión, contratación pública, propiedad intelectual y apertura de servicios públicos en seguros y telecomunicaciones. Como se ha dicho con toda razón: "Oro por cuentas de vidrio".

La otra excusa es que con el tratado el exportador y el inversionista gozarán de mayor seguridad jurídica, gracias a

las normas recíprocas de aplicación general. Pero como ya vimos, esta nueva seguridad no es para el 100% de las exportaciones costarricenses hacia los EE. UU., sino para el 28% que ingresa por ICC o CBTPA.

Y por si fuera poco, resulta que la cláusula de seguridad esencial contenida en el capítulo 21 del tratado (Artículo 21.2), incluso relativiza todo este argumento, al permitir desconocer cualquier obligación contenida en el tratado si está en juego la "seguridad nacional":

> Ninguna disposición de este Tratado se interpretará en el sentido de:
> [...]
> (b) impedir que una Parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad (Artículo 21.2: Seguridad Esencial).

Y aunque lo anterior se aplica para todas las Partes, es obvio que el único país con poder para utilizarlo son los EE. UU.

Cierto es que una disposición similar existe en el GATT (Artículo XXI), pero con la "pequeña diferencia" de que en ese artículo del GATT el incumplimiento de las obligaciones contraídas se enmarca en la Carta de las Naciones Unidas.

Y no olvidemos el margen de discreción que obtienen los EE. UU. para direccionar las importaciones en su propio beneficio, en virtud de las medidas anti-*dumping* y los muchos apoyos internos que reciben sus productores y empresarios.

Definitivamente, con este tratado Costa Rica haría entrega, por un plato de lentejas, de su derecho soberano a definir el tipo de desarrollo económico y social y las formas de integración en la economía mundial que mejor propicien el bien común y la convivencia pacífica y democrática, renunciando a su derecho a discernir libremente el rumbo de la Nación.

Capítulo VI

TLC, "libre comercio" y derechos humanos: Del humanismo liberal al antihumanismo globalizado

1. Promoción o garantía de los derechos humanos

La garantía constitucional de los derechos humanos (o de algunos de ellos), es una conquista innegable de la democracia liberal. Pero también es su talón de Aquiles, porque el grado de su cumplimiento siempre ha sido solo relativo. Más aún, la democracia liberal nunca ha garantizado, ni siquiera en los casos más avanzados, el cumplimiento de *todos* los derechos humanos. Ha fijado una prioridad en relación con *algunos* derechos humanos que sí se garantizan, al menos formalmente (los individuales), y otros derechos humanos

que apenas se *promueven* o *procuran* (los económicos, sociales y culturales).

Esta distinción entre derechos humanos individuales y sociales (luego se hablará también de derechos culturales o derechos de tercera generación), lo mismo que la disímil garantía de su cumplimiento, queda reflejada con nitidez en nuestra Constitución Política. En el Título IV (Derechos y Garantías Individuales) se *garantizan* una serie de derechos relacionados con la integridad de las personas y con las libertades cívicas y políticas. Entre los más importantes se encuentran:

1. La prohibición de la esclavitud (Art. 20).
2. La inviolabilidad de la vida (Art. 21).
3. El recurso de habeas corpus y el recurso de amparo (Art. 42).
4. El derecho a la intimidad (Art. 24).
5. El derecho de asociación (Art. 25).
6. La libertad de opinión (Art. 28).
7. La libertad de pensamiento (Art. 29).
8. La igualdad ante la ley (Art. 33).
9. La prohibición de la tortura (Art. 40).
10. La inviolabilidad de la propiedad (Art. 45).

Al respecto, conviene tener presente dos observaciones. En primer lugar, todos estos derechos quedan *garantizados* en el texto constitucional, y en segundo término, algunos de estos derechos se restringen o relativizan *en función del bien común* (Arts. 23, 28, 29, 45), de la administración de la justicia (Art. 24), de la paz y el orden (Art. 26), y de la seguridad nacional (Art. 30). Esta relativización, sin embargo, nunca se determina en función de algún criterio o dogma económico particular (la competitividad, el libre comercio, la libre movilidad de capital, etc.); ni menos todavía, de algún derecho "natural" de las empresas a obtener ganancias [1].

[1] El concepto de inversión que aparece en el Artículo 10.28 (Definiciones) del Tratado de Libre Comercio entre los EE. UU., los países centroamericanos y República Dominicana (TLC), incluye "la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo".

Por otra parte, en el Título V de la Constitución (Derechos y Garantías Sociales), solamente algunos de los derechos allí establecidos se garantizan (de manera formal). Son los siguientes:

1. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Art. 50).
2. La protección especial, por parte del Estado, de la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido (Arts. 51 y 55).
3. El derecho a la libre elección del trabajo (Art. 56).
4. El derecho a un salario mínimo (Art. 57).
5. El derecho del trabajador a un día de descanso a la semana y a vacaciones anuales pagadas (Art. 59).
6. El derecho a la libre sindicalización (Art. 60).
7. El derecho a la huelga (Art. 61).
8. El derecho a la protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo (Art. 71).
9. El derecho a los seguros sociales (Art. 73).
10. El derecho a la educación general básica (Art. 78, Título VII).

Nuevamente, algunos de estos derechos sociales quedan relativizados en el mismo texto. Es el caso de la libre sindicalización para los extranjeros (Art. 60) y el derecho a la huelga en los servicios públicos (Art. 61).

Muy distinto es el trato a otros derechos económicos y sociales, que el Estado únicamente se compromete a "fomentar", "promover", "procurar" o "velar por su cumplimiento", pero que no quedan *garantizados* en el texto constitucional. Estos son:

1. El derecho de los trabajadores a organizarse en cooperativas (Art. 64).
2. El derecho a la vivienda (Art. 65).
3. La preparación técnica y cultural de los trabajadores (Art. 67).
4. El derecho al trabajo (Art. 56) y a la reintegración de los desocupados (Art. 72).

5. Una política permanente de solidaridad nacional (Art. 74).
6. El derecho de los adultos a una educación que mejore su condición intelectual, social y económica (Art. 83).
7. El derecho a una educación superior o universitaria (Arts. 85 y 86).

2. Democracia liberal y derechos humanos

Como se aprecia, ni el derecho a la vivienda ni el derecho al trabajo o a una educación universitaria están *garantizados* en nuestra Constitución Política. Particularmente seria es la no garantía del derecho al trabajo, pues en una sociedad capitalista, y sin una "política permanente de solidaridad nacional", es claro que para toda persona desocupada o subempleada quedan debilitados o invalidados el resto de los derechos humanos fundamentales (alimentación, vivienda, salud, educación, etc.). Por eso, una recuperación del Estado Social de Derecho debe partir, creemos, precisamente de estos derechos, todavía hoy no garantizados, aunque esenciales para asegurar las condiciones de posibilidad de la vida humana.

Esta es la grandeza y la miseria de la democracia y el humanismo liberal: a pesar de que interpretan los derechos humanos como derechos universales, en la práctica nunca ha habido tal reconocimiento y garantía universal; en especial, de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, hay algo que el pensamiento liberal *no* hace (tampoco nuestra Constitución), no al menos de modo explícito, y esto es, supeditar o "flexibilizar", incluso los derechos humanos individuales, en función de algún criterio absoluto determinado en el plano de la economía (en la lógica de la acumulación de capital). Este paso decisivo sí lo hace el pensamiento neoliberal y aparece nítidamente en los acuerdos comerciales de "nueva generación" (del NAFTA o TLCAN en adelante).

3. La "flexibilización" de los derechos humanos

La democracia liberal siempre ha sido una democracia restringida, al limitar la garantía de los derechos humanos (individuales y sociales) a una determinada parte de la población, excluyendo a otros sectores (mujeres, minorías étnicas, minorías religiosas, homosexuales, etc.). Aun así, lo que ahora surge en nombre de la globalización, acaba incluso con la garantía de los propios derechos humanos liberales (individuales). Estos se reconocen ahora "flexiblemente", en la medida en que lo permita la prioridad absoluta del libre comercio y la libre circulación del capital transnacional. Veamos algunos ejemplos tomados del TLC.

Primer ejemplo:

Los artículos 10.9.3 y 9.14 del TLC entre Centroamérica, República Dominicana y los EE. UU., precisan que el Estado podrá adoptar o mantener medidas (leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas —Art. 2.1)

> ...necesarias para *proteger* la salud o la vida humana, animal y vegetal... *siempre y cuando* dichas medidas no se apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando existan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio entre las Partes (9.14.1 (b)),

o, "...*siempre que* tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales" (10.9.3. (c)) (énfasis nuestros).

De este modo, la misma *protección* (no se trata de una inviolabilidad, como en nuestra Constitución Política) a la vida humana queda relativizada, en función de las exigencias de la acumulación de capital a escala mundial (el libre comercio, la libre circulación del capital). La violación "calculada" de la vida humana ha sustituido a la protección e inviolabilidad de esta vida.

El neoliberalismo invierte la relación entre los derechos humanos y el "libre comercio" (o cualquier otro dogma preconcebido de la economía de mercado). El neoliberalismo no dice que para justificar el "libre comercio" este no debe poner en peligro los derechos humanos (en este caso, el derecho a la vida). Dice lo contrario: se "protege" el derecho a la vida hasta donde el "libre comercio" lo permita.

Como antes advertimos, nuestra Constitución Política señala asimismo algunas restricciones a los derechos humanos individuales, pero en función del bien común, la paz y el orden social o la seguridad nacional. Lo que sí hace nuestra Constitución, es prohibir los monopolios privados a fin de garantizar la "libertad de comercio, agricultura e industria" (Art. 46); ahora que, esto es algo muy distinto de relativizar los derechos humanos en función de principios económicos absolutos.

Segundo ejemplo:

Esta "flexibilización" de los derechos humanos aparece de igual forma en los capítulos 16 (Laboral) y 17 (Ambiental) del TLC, en los cuales tan solo se *procura* mejorar las normas laborales y ambientales vigentes en cada país (Artículos 16.1.1 y 17.1).

> ...cada Parte *procurará* garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el Artículo 16.8, y *procurará* mejorar dichas normas en tal sentido (16.1.2, énfasis nuestros).

> ..cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y *estimulen* niveles de protección ambiental y *deberán esforzarse* en mejorar esas leyes y políticas (17.1, énfasis nuestros).

Además, y esto es quizás lo más grave, también en ambos capítulos una Parte (un Estado) podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias, únicamente cuando la acción o inacción impugnada "afecte el comercio entre las Partes" (16.2.1(a), 16.6.7; 17.2, 17.11.1).

Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, *de una manera que afecte el comercio entre las Partes...* (16.2 (a), énfasis nuestro).

Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, *de una manera que afecte al comercio entre las Partes...* (17.2 (a), énfasis nuestro).

Es decir, una violación a las normas laborales y ambientales, incluso si quedan comprendidas en las restrictivas definiciones de "legislación laboral" (artículo 16.8) y de "legislación ambiental" (17.13), no darán curso a un procedimiento de solución de controversias en el marco del tratado, si la violación de marras no afecta el comercio entre las Partes, esto es, si no implica algún tipo de *dumping* social o *dumping* ambiental que, a juicio de una Parte, afecte negativamente a sus exportaciones o a su producción interna. Así, las violaciones a los derechos laborales y al derecho a un ambiente sostenible son un problema si distorsionan el mercado (afectan al comercio); si no lo afectan, no representan problema alguno.

Tercer ejemplo:

En el capítulo 9 (compras públicas), quedan descartados cualquier tipo de criterios en materia de licitación pública, a menos que estos se relacionen con el precio y la calidad. Criterios relativos al cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas concursantes están fuera de toda posibilidad de aplicación (Art. 9.7 y 9.8).

Artículo 9.7: Especificaciones Técnicas

1. Una entidad contratante no preparará, adoptará ni aplicará ninguna especificación técnica *que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes.*
2. Una entidad contratante establecerá cualquier especificación técnica según corresponda:

(a) *en términos de desempeño y no en términos de características de diseño o descriptivas;* y
(b) basadas en estándares internacionales cuando sean aplicables, de lo contrario, en normas nacionales reconocidas.... (énfasis nuestros).

Artículo 9.8: Requisitos y Condiciones para la Participación de Proveedores en las Contrataciones
[...]

1. Cada entidad contratante deberá:
(a) limitar toda condición para participar en la contratación, *a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación.*
(b) Reconocer como proveedor calificado a todo proveedor de la otra Parte que haya cumplido las *condiciones necesarias* para participar... (énfasis nuestros).

¿Qué significa todo esto? Resaltemos dos aspectos:

• Que los Estados (ministerio, entidad descentralizada, municipalidades) no podrán rehusarse a aceptar una oferta de un proveedor extranjero, ni rehusarse a comprar un bien o servicio importado cuando por ejemplo, no puedan determinar criterios de lo que tenga como *efecto* "crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes"; o de lo que resulte "esencial" para garantizar la capacidad del proveedor. Un gran número de entidades públicas y de prácticas de compras gubernamentales no aprobarían esta prueba tan estricta.
• Que solo los criterios estrictamente comerciales deben prevalecer en las políticas de compras del sector público, minusvalorando o prohibiendo otros criterios relacionados con metas de desarrollo o de promoción de los derechos humanos.

Cuarto ejemplo:

Ni en el Preámbulo ni en los objetivos generales (Art. 1.2) del tratado aparece referencia alguna a los derechos huma-

nos, menos aún, como debería corresponder, a la *primacía de los derechos humanos* y de los acuerdos internacionales sobre los mismos, y de los cuales Costa Rica es parte, por sobre este tipo de tratados comerciales y de inversión.

Todo esto vulnera los artículos 7 y 48 de nuestra Constitución Política. De acuerdo con el Artículo 7, la autoridad superior de los tratados públicos es sobre las leyes, y no, por ejemplo, sobre otros tratados al amparo del sistema de las Naciones Unidas. Y según el Artículo 48, el derecho a los recursos de habeas corpus y de amparo se aplica tanto a los derechos constitucionales como a aquellos "de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República".

4. La globalización neoliberal como antihumanismo

En resumen, en los acuerdos de libre comercio se declara el "libre comercio" y la libre circulación de los capitales como los criterios absolutos y, en consecuencia, se relativizan todos los derechos humanos, incluso, el derecho a la vida. La vigencia de los derechos humanos se transforma en *conveniencia*, y la garantía de los mismos se transforma en *promoción o estímulo*, en el marco de admisibilidad de la estrategia de acumulación de capital. Ya no se habla de garantía de los derechos humanos, sino que se promete promoverlos. La meta ya no es garantizar los derechos humanos, sino mantener el nivel de su violación dentro del marco de lo "necesario" [2] en función de la libre acumulación de capital a escala

[2] Conforme a la jurisprudencia desarrollada en numerosos casos a lo largo de la última década, el término "necesario" es un código que expresa la aplicación de lo que se denomina la prueba que implique *"mínima restricción del comercio"*. Así, hay una exención potencial de las reglas de la OMC, que se permite para "medidas necesarias para proteger la salud o la vida animal, vegetal o humana". En una serie de casos del GATT y de la OMC se ha interpretado que el término "necesario" requiere que un país tiene que demostrar que *no podrían existir medios menos restrictivos del comercio* para lograr determinado objetivo. (Además, la legitimidad del objetivo, y no solamente los medios empleados para alcanzarlo, tienen que

mundial. Este es el nuevo "humanismo globalizado" de los defensores del libre comercio, que en esencia es un antihumanismo.

El criterio formal de la eficiencia del mercado se transforma así en el criterio supremo de los valores y, por consiguiente, también de todos los derechos humanos. Esto crea una dualidad entre el criterio de la eficiencia formal, por un lado, y los derechos humanos, por el otro. Estos últimos son relativizados y socavados, pues ya no se los respeta *en cuanto tales*, sino que reciben su validez en el grado en que aporten (o no) a la eficiencia del mercado. Valen en el caso de que coincidan con la exigencia de la eficiencia (libre mercado), y dejan de tener valor cuando no coinciden.

Para el pensamiento neoliberal, la supeditación de los derechos humanos al "libre comercio" no es un accidente, sino un aspecto central de su marco categorial. Siendo las mercancías y los mercados libres de toda distorsión, son libres las empresas, son libres los empresarios y es libre la sociedad entera. Esta es la libertad básica y en última instancia la única. ¡El ser humano es libre en el grado en que lo sean las mercancías y los mercados! Pero esto es tema de otra discusión.

---

someterse por separado a una prueba). Es importante que seamos conscientes del uso del término "necesario", ya que puede, en efecto, anular disposiciones que de lo contrario serían vinculantes. Así tenemos que la limitada "cláusula de exención" del TLCAN para tres acuerdos multilaterales sobre protección del ambiente, se despoja casi por entero de sentido, porque incluye el requisito de que únicamente abarca políticas necesarias para aplicar esos tres acuerdos. Hasta la fecha, ningún tribunal del GATT ni de la OMC ha aceptado ninguna defensa, alegada por ningún país, relativa a la prueba menos restrictiva del comercio, y siempre ha fallado que el país del caso no ha presentado la prueba negativa de que no existe ninguna política que repercuta menos sobre el comercio (Global Trade Watch, *El abogado de bolsillo del ciudadano en lo pertinente al comercio*, pág. 12, énfasis nuestros).

Capítulo VII

Algunas implicaciones del TLC en el sector salud: Elementos para una reflexión y una acción urgentes [1]

Introducción

Una de las áreas de mayor preocupación, en cuanto a las eventuales consecuencias del TLC con los EE. UU., es en lo concerniente al sector salud y, en particular, el sistema de salud pública costarricense el cual se ha basado, hasta el momento, en los pilares de la solidaridad y el acceso universal, muy distinto, por cierto, al sistema estadounidense. El

[1] El presente ensayo fue presentado como conferencia al personal médico y profesional del Hospital México, el 28 de octubre de 2005, ante gentil invitación cursada por el Dr. José Quesada.

tema de mayor discusión en los debates ha sido el de la extensión del período de duración de las patentes para los productos farmacéuticos de marca, y sus necesarias implicaciones sobre la limitación a la competencia de productos genéricos, y el costo de los medicamentos para la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y para la población en general. Se trata sin duda de un tema relevante, con todo, hay otros que también analizar, con tanto o mayor cuidado. En efecto, al menos dos temas adicionales son igualmente de crucial interés:

a) El futuro de los sistemas de seguridad social y de jubilación.
b) La apertura total contemplada en el tratado (capítulo 12) para el seguro de riesgos del trabajo, actualmente bajo administración del Instituto Nacional de Seguros (INS).

Pero antes de analizar estos y otros temas, aunque sea de manera introductoria, conviene hacer un breve repaso de ciertos aspectos relacionados con el "estado de salud" de la seguridad social en Costa Rica, lo mismo que hacer algunos importantes señalamientos de carácter general [2].

1. La salud y la seguridad social en Costa Rica: un "paciente delicado"

Según el Décimo Informe del Estado de la Nación, publicado en 2004 y en el cual se efectúa un balance de la década precedente, los principales desafíos y amenazas para el sector salud costarricense son, entre los más destacables, los siguientes:

---

[2] Tampoco es nuestra intención ser repetitivos, ni menos todavía sustituir importantes análisis hechos sobre este tema por destacados profesionales como el Dr. Guido Miranda, el Dr. Román Macaya y el M.Sc. Mario Devandas.

a) El nuevo perfil de los problemas de la salud pública nacional (predominio de los padecimientos crónicos y degenerativos, junto con las enfermedades o muertes vinculadas al comportamiento social), "exige una atención en salud de mayor costo, dadas la complejidad de las enfermedades y la inversión que requieren las acciones preventivas" (pág. 80).

b) En materia de universalidad, la cobertura global del seguro de salud pasó de 82% en 1990 a 86,8% de la población en 2003; no obstante la población económica activa asalariada cubierta pasó de 75,3% apenas 60,6% entre los mismos años. Esto es parte de un proceso de "informalización" (precarización) del empleo en Costa Rica, fenómeno que también ocurre a nivel mundial.

c) La población no asegurada origina básicamente tres problemas: i) no se conocen sus características, ii) no pagan por el servicio y, lo más importante desde una perspectiva humana, iii) no reciben una atención integral.

d) Con respecto a la equidad, llama la atención que conforme el censo del 2000, existen diez cantones con cobertura global entre el 53% y el 77%, inferiores al promedio nacional.

e) El incumplimiento de las obligaciones financieras del Estado y la morosidad de los patrones privados con la CCSS. En ambos casos, se acusa a la Caja de permisividad, si bien no se fortalecen las leyes que podrían ayudar a impedir o minimizar este fraude.

f) La pérdida de importancia que han venido mostrando las formas contributivas directas frente a otras modalidades de aseguramiento que producen menores ingresos y, por tanto, mayor déficit.

g) Con respecto a la sostenibilidad financiera del sistema, algunos estudios actuariales indican que la tasa de gasto de operación del sistema es mayor que la tasa de cotización global, vale decir, que el aporte de las contribuciones es insuficiente respecto del gasto de operación. Un estudio reciente del Departamento Actuarial de la CCSS da cuenta de que, desde 2001, el seguro de salud inició un

proceso deficitario creciente, explicado básicamente por los déficit en los regímenes de salud de las personas que trabajan por cuenta propia, de las personas pensionadas y del régimen no contributivo.

h) La inversión social en salud se ha reducido con respecto a la inversión social pública y mostró un crecimiento escaso por persona durante el último decenio.

i) La política de contar con mayor participación de proveedores privados en servicios y suministro de medicamentos, no ha sido adecuadamente evaluada.

j) Hasta el momento, los seguros privados han tenido un muy escaso desarrollo, sin embargo esto podría variar en los próximos años, más aún con la vigencia del TLC.

Este panorama muestra con claridad que el Seguro de Salud en Costa Rica es un "paciente delicado", y que la institución encargada de su administración (la CCSS) no está cumpliendo suficientemente bien su tarea, en parte, por la indebida injerencia política del bipartidismo que la debilita y desacredita. Sobre esto último, basta recordar los actos recientes de corrupción y tráfico de influencias relacionados con los préstamos español y finlandés, aun cuando en opinión de algunos críticos, la corruptela podría estar entronizada con más amplitud dentro de la misma institución.

Conscientemente o no, los graves problemas de evasión, morosidad, inequidad contributiva, injerencia política, ausencia de rendición de cuentas y corrupción, deterioran las finanzas, la infraestructura hospitalaria y los servicios que brinda la institución, facilitando y promoviendo alternativas privatizadoras como la compra de servicios al sector privado, la creación de paquetes básicos de servicios y el cobro en función del riesgo. Esto mina la característica solidaria del sistema, reduce el apoyo y la confianza de los contribuyentes y ha creado un ambiente propicio para su paulatina privatización. En estas condiciones, cualquier amenaza adicional —como las incluidas en el TLC— puede convertirse con facilidad en el detonador de una crisis.

2. Los "servicios de salud" no están excluidos del tratado

Para comenzar el análisis es importante tener claro que la metodología de liberalización de los servicios incluida en el TLC, parte de un enfoque comprensivo conocido como "listas negativas", de acuerdo con el cual todo queda comprendido en las obligaciones del tratado, excepto lo que expresamente es excluido, o aquellas áreas en las que se precisan ciertas y limitadas reservas.

¿Qué servicios públicos son excluidos de la aplicación del tratado?

Según el párrafo 6 del Artículo 11.1 (Ámbito de Aplicación):

> Este Capítulo no se aplica a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales.

Para acto seguido aclarar:

> Un servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales significa todo servicio que *no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios* (énfasis nuestro).

De esta definición queda claro que los servicios públicos de salud ofrecidos bajo condiciones de gratuidad cumplen la primera condición ("que no se suministre en condiciones comerciales"), mas no la segunda ("ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios"), dado que en el país abundan los "proveedores de servicios privados", llámense hospitales, clínicas o consultorios.

Lo que sí se establece en el Anexo II del Tratado (Medidas Disconformes), es una *reserva* (que hicieron todos los países y que es distinta a una exclusión), la cual otorga a los Estados signatarios el derecho de "adoptar o mantener cualquier medida" con respecto a lo que en el mismo Anexo II se denominan "Servicios Sociales". Estos abarcan: servicios de seguridad social, bienestar social, salud, educación pública,

atención infantil, servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua.

No obstante, las obligaciones afectadas por esta reserva no excluyen de su aplicación a los artículos 10.5 (Nivel Mínimo de Trato), 10.8 (Transferencias) y 10.7 (Expropiación e Indemnización), los cuales sí tienen plena vigencia. Esto, unido a la amplia definición de "inversión" que se incluye en el artículo 10.28, significa que incluso en el caso de los servicios sociales incluidos en la ficha del Anexo II (salud, entre ellos), una empresa extranjera (hospital, clínica) podría entablar una demanda contra el Estado (con base en el régimen inversionista-Estado del capítulo 10), si considera que alguna medida de política pública representa una "expropiación indirecta", quedando a decisión de un tribunal privado supranacional determinar si tal medida pública (ley, reglamento) se justifica por un propósito público o si es o no discriminatoria.

Y por si lo anterior no bastara, el Anexo 20.2 (Anulación y Menoscabo) abre un peligroso portillo mediante el cual, las Partes (Estados signatarios) podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias del Capítulo 20 (o sea, podrán establecer una demanda Estado-Estado),

> ...cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al tratado [como las permitidas en el Anexo II, H. M.], consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones: [...] capítulo 9, capítulo 11, capítulo 15.

Por consiguiente, este Anexo 20.2 protege además excesivamente a los inversionistas extranjeros en el área de los servicios, incluidos los "servicios de salud".

3. Apertura total en el seguro de riesgos del trabajo

De acuerdo con los "Compromisos Específicos de Costa Rica en materia de Servicios de Seguros" (Anexo 12.9.2,

Sección H), el país deberá permitir la apertura total en todas las líneas de seguros a más tardar el 1 de enero de 2011, lo que incluye el seguro obligatorio de vehículos y el seguro contra riesgos del trabajo.

El seguro contra riesgos del trabajo es un *seguro social* contemplado en el Artículo 73 de nuestra Constitución Política, luego, tiene el rango constitucional de un *derecho* y de una *garantía social*. Con todo, en el TLC este derecho es abierto y expresamente convertido en un servicio-mercancía, expuesto al libre mercado con las únicas disposiciones de regulación que la ley determine mediante la "regulación prudencial".

En la actualidad la administración de este seguro es realizada por el INS (Ley 6727 del 9-03-82, artículo 201), y su "apertura" conlleva un riesgo de volver a una situación similar a la vigente antes de la aprobación de la ley 6727, esto es, de incumplimiento generalizado por parte de los patronos. Esto implicaría, además de un perjuicio para los trabajadores, una presión adicional sobre el presupuesto y los recursos de la CCSS, pues ya incluso hoy ella tiene que hacerse cargo, parcialmente, de la atención de los trabajadores accidentados y cubiertos, o no, por este régimen. Se trata, en efecto, de una amenaza más contra el sistema de salud pública costarricense.

4. Acceso a medicamentos en riesgo

El Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, ya otorga a las empresas farmacéuticas protección por veinte años para sus productos patentados. Los EE. UU. y las grandes empresas del sector pretenden fortalecer este control monopólico mediante lo que se conoce como disposiciones ADPIC-plus, incorporadas principalmente en los acuerdos bilaterales de libre comercio.

Por el contrario, a los países subdesarrollados lo que les interesa es contrarrestar este poder monopólico y bajar el precio de estos productos a niveles más accesibles, por medio de medidas como las siguientes:

—El uso efectivo de licencias obligatorias.
—La importación paralela.
—Las provisiones de uso público no comercial.
—Respetando, como corresponde, la Declaración Ministerial de Doha sobre los ADPIC y la Salud Pública (Qatar, marzo de 2001), que determina que la salud pública debe tener prioridad sobre los intereses comerciales.

Las propuestas de los EE. UU. incluidas en el TLC, debilitan estos instrumentos y violan el espíritu y la letra de la Declaración de Doha, por las siguientes razones:

—En el TLC no se introduce ningún esfuerzo para crear nuevas disposiciones que hagan posible el uso de licencias obligatorias, sino que más bien se fortalecen los derechos para las empresas que ya existen bajo el ADPIC.
—Se prolongan las patentes para compensar a sus dueños por las demoras en el otorgamiento de dichas patentes, a pesar de que los veinte años de vigencia de las patentes bajo el ADPIC ya toman en cuenta la posibilidad de demoras (TLC, Artículo 15.9.6 (a) y 15.9.6 (b)).
—Se exige a las autoridades nacionales responsables de la calidad de las medicinas notificar al dueño de una patente de la identidad de cualquier empresa que busca el derecho de vender una versión genérica de un medicamento patentado. Esto impone a las instancias de salud pública, que deberían preocuparse exclusivamente de la calidad y seguridad de las medicinas autorizadas, una obligación adicional de proteger los intereses de los dueños de patentes (TLC, Artículo 15.10.2 (b)).
—Se exige proteger la información que una empresa farmacéutica usa para mostrar que su producto es sano (protección de los datos de prueba). Esto ocasiona otra dificultad para los productores genéricos que deberán replicar las costosas pruebas de seguridad hechas por el dueño de la patente, en vez de solamente mostrar la "bioequivalencia" de su producto (TLC, Artículo 15.10.1 (a)).

En resumen, se ofrecen derechos adicionales a la gran industria farmacéutica transnacional, encima de los obtenidos en el ADPIC, y se limita la competencia de productos genéricos en un mercado altamente oligopólico. Esto afectará de modo particular el acceso a medicamentos baratos por parte del público en general, así como el presupuesto de la CCSS por su impacto en el costo de adquisición de productos para tratar enfermedades como el VIH/Sida, el cáncer, la malaria, y aquellos utilizados en pacientes que son sometidos a trasplante de órganos.

5. Amenazas sobre los sistemas de seguridad y los planes de jubilación

Según el párrafo 3 del Artículo 12.1 (Ámbito de Aplicación) del TLC:

> Este Capítulo no se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con:
>
> (a) actividades o servicios que formen parte de un plan de jubilación o un sistema legal de seguridad social;
> (b) actividades o servicios realizados por cuenta o con la garantía de la Parte o con utilización de recursos financieros de ésta, incluyendo sus entidades públicas.

Y en el Anexo 12.9.2, Sección H, se incluye la siguiente nota a pie de página:

> Para mayor certeza, los servicios de seguridad social referidos en el primer, segundo y tercer párrafos del artículo 73 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y suministrados por la Caja Costarricense del Seguro Social a parir de la fecha de la firma de este Tratado, no estarán sujetos a ningún compromiso incluidos *en este Anexo* (énfasis nuestro).

¿Está a salvo la seguridad social del TLC, según estas disposiciones? Veamos.

En primer lugar, si bien la parte recién transcrita del artículo 12.1 da la apariencia de que el TLC no se aplica a un plan de jubilación público o a un sistema legal de seguridad social, el mismo párrafo 3 de ese artículo agrega lo siguiente:

> ...no obstante, este Capítulo se aplicará si una Parte permite que alguna de las actividades o servicios referidos en el subpárrafo (a) o (b) sean realizados por sus instituciones financieras *en competencia* con una entidad pública o una institución financiera (énfasis nuestro).

Es decir, en el momento en que un plan de jubilación público (Magisterio Nacional, por ejemplo), o un sistema de seguridad social permita la competencia, aunque sea entre entidades públicas, entonces sí se aplicará el Capítulo 12 y, por tanto, la obligación de conceder trato nacional y acceso al mercado a las empresas extranjeras. Además de los derechos que los inversionistas extranjeros obtienen en el capítulo 10 (expropiación e indemnización, transferencias, etc.).

Por otra parte, téngase muy en cuenta que la aclaración incluida en la nota al pie antes mencionada, se limita a excluir los tres primeros párrafos del Artículo 73 constitucional de la aplicación del Anexo 12.9.2 (apertura en seguros), pero no de la aplicación del Capítulo 12 o del tratado como un todo. De nuevo, solo aplica la reserva contemplada en el Anexo II, con las limitaciones que antes comentamos.

6. La CCSS: ¿una institución a contrapelo de los tiempos?

En la economía globalizada bajo el paradigma neoliberal que hoy se intenta imponer al mundo entero, y para lo cual los TLC son instrumentos privilegiados, los principios individualistas, eficientistas y consumistas pretenden aplastar el espíritu solidario, el humanismo ético y la racionalidad reproductiva no instrumental. En este mundo, a la larga insostenible, instituciones públicas como la CCSS y modelos de seguridad como el que con gran visión se ha querido

construir en Costa Rica (con logros y defectos), se consideran "anticuados", "ineficientes", "no competitivos". Frente a esta visión economicista y antihumana, es imperativo seguir defendiendo (y mejorando) la salud y la seguridad social en cuanto que *derechos humanos fundamentales.*

El TLC coloca a la salud en Costa Rica en camino hacia la privatización que ya los políticos del bipartidismo han iniciado (con corrupción incluida), con la pretensión de hacer de la misma un campo más de la esfera de los negocios. Con todo, la salud no es una mercancía ni un privilegio, es un derecho para todos y todas. Este derecho debe quedar totalmente a salvo de las pretensiones de los mercaderes de la vida humana.

Capítulo VIII

Algunas de las principales amenazas del TLC sobre la educación costarricense

Introducción

Aunque se han escrito diversos artículos periodísticos, ensayos académicos y folletos divulgativos sobre la posible afectación del TLC en la educación pública costarricense, es conveniente precisar y fundamentar aún más el análisis, al menos en algunos temas centrales. Esto es lo que se pretende en este breve ensayo, sin aspirar a cubrir todas las áreas y evitando ser repetitivos con respecto a lo que ya ha sido dicho [1].

[1] Ver, por ejemplo: *El TLC amenaza a la educación pública costarricense.* Folleto divulgativo escrito por el sociólogo Gerardo Cerdas Vega a solicitud y con el patrocinio de la Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza.

1. Nuestra primera y más importante pregunta: ¿Queda la educación pública fuera del tratado?

La siguiente afirmación aparece en un boletín impreso del Ministerio de Comercio Exterior (COMEX),

> ...la educación pública como tal no está cubierta por el TLC y ese es el caso en todos los países que forman parte de este tratado, incluido Costa Rica... El TLC no afecta de ninguna forma a la educación pública, incluyendo primaria, secundaria y universitaria [2].

¿Es correcta esta afirmación? Definitivamente, no. Veamos por qué.

En general, téngase en cuenta que con este tipo de tratados comerciales, y de acuerdo con la lógica mercantil y neoliberal que los define, los "servicios de enseñanza" (el nuevo nombre que se da ahora a la educación) se transforman en un servicio comercial más, junto a otros servicios como los financieros, los transportes, los seguros o los servicios de construcción. En el TLC, estos "servicios de enseñanza" quedan comprendidos en el Capítulo Once (Servicios Transfronterizos), y al igual que todos los servicios, su liberalización fue "negociada" mediante la metodología de "listas negativas", esto es, todo queda liberalizado, excepto aquello que expresamente se excluya de su ámbito, ya sea en el texto mismo del tratado o en los anexos de medidas disconformes.

El párrafo 6 del Artículo 11.1 (Ámbito de Aplicación), define cuáles servicios públicos (en general) quedan fuera del tratado:

> Este Capítulo no se aplica a los servicios suministrados *en el ejercicio de facultades gubernamentales* (énfasis nuestro).

Para acto seguido aclarar:

---

[2] *Preguntas frecuentes sobre el TLC*. San José, COMEX, 2004, pág. 14.

> Un servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.

Obviamente, la educación pública no cumple este riguroso criterio de exclusión. La educación general básica cumple con la primera parte de la definición (que "no se suministre en condiciones comerciales"), pues se supone que es gratuita (y obligatoria hasta la conclusión del tercer ciclo). No obstante no cumple con la segunda parte (que no exista competencia con uno o varios proveedores de servicios), ya que junto a los centros educativos públicos (jardines infantiles, escuelas y colegios), coexisten proveedores privados de "servicios de enseñanza", a lo largo y ancho del país. Obsérvese que la educación universitaria no cumple con ninguno de los dos criterios de la definición (ni es gratuita ni es suministrada de manera exclusiva por el Estado).

2. Una reserva no es igual a una exclusión

Lo que si existe "a favor" de la educación pública es una *reserva*, tal como se enlista en el Anexo II de Medidas Disconformes, Lista de Costa Rica (la mayoría de las reservas se enlistan en los tres Anexos de Medidas Disconformes. Otras aparecen en anexos de capítulos particulares). Esta reserva le permite a Costa Rica "adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios", en el ámbito de los "servicios sociales", incluida en estos la educación pública. Sin embargo una reserva no es una exclusión. Veamos.

Esta reserva "desaplica" o deja sin efecto las siguientes obligaciones que el tratado establece en favor de los inversionistas y proveedores extranjeros de servicios, tal como aparecen en los Capítulos 10 (Inversión) y 11 (Servicios Transfronterizos):

- *Trato Nacional* (Artículos 10.3 y 11.2): garantiza que los inversionistas extranjeros y sus inversiones reciban un

trato no menos favorable que el que se dé a los inversionistas nacionales y a sus inversiones.

• *Trato de Nación Más Favorecida* (Artículos 10.4 y 11.3): garantiza que los inversionistas extranjeros y sus inversiones reciban un trato no menos favorable del que se concede a otros inversionistas extranjeros y sus inversiones.

• *Presencia Local* (Artículo 11.5): un proveedor de servicios extranjero no está obligado a establecer o mantener una representación u otro tipo de empresa.

• *Requisitos de Desempeño* (Artículo 10.9): se prohíbe, con limitadas excepciones, la utilización de requisitos de desempeño para influenciar el comportamiento de los inversionistas extranjeros.

• *Altos Ejecutivos y Directorios* (Artículo 10.10): no se puede exigir a los inversionistas extranjeros que designen a individuos de alguna nacionalidad, en particular para ocupar puestos de alta dirección.

• *Acceso a los Mercados* (Artículo 11.4): ninguna Parte podrá adoptar o mantener medidas que impongan limitaciones al número de proveedores, al valor de los activos, al número de operaciones de servicios o a la cuantía de su producción, al número de personas naturales que pueden emplearse en un determinado sector de servicios, así como la prescripción de determinados tipos de persona jurídica o *joint venture*.

De esta forma, ninguno de estos derechos (privilegios) que reciben las empresas extranjeras en ambos capítulos se podrán aplicar al campo de la educación pública. Aun así hay que preguntarse, ¿es esto suficiente para estar tranquilos? En absoluto, pues basta tomar en cuenta que todavía con dicha reserva se siguen aplicando tres artículos muy importantes del Capítulo Diez:

• *Nivel Mínimo de Trato* (Artículo 10.5): el país anfitrión debe brindar a las inversiones de inversionistas extranjeros un trato acorde con el estándar mínimo definido por las normas del derecho internacional consuetudinario.

• *Expropiación e Indemnización* (Artículo 10.7): solamente se permite por causa de utilidad pública, de manera no discriminatoria, mediante un pago pronto, adecuado y efectivo, y con apego al principio de debido proceso. Incluye expropiaciones directas e indirectas.
• *Transferencias* (Artículo 10.8): permite la transferencia libre y sin demora desde y hacia el territorio de una inversión cubierta.

Particularmente grave es el hecho de que la ficha de Servicios Sociales del Anexo II no "desaplique" el Artículo 10.7, porque este, junto con el 10.28 (Definición de Inversión) y el Anexo 10-C (Expropiación), crean el marco para que una determinada medida gubernamental (ley, reglamento, procedimiento, etc.) pueda ser impugnada por un inversionista extranjero, si la considera una "expropiación indirecta" de su inversión o patrimonio. Bajo el derecho internacional consuetudinario, un Estado no se responsabiliza por la pérdida u otra desventaja económica que resulte de impuestos de aplicación general, regulaciones, confiscación a raíz de un delito, u otra acción similar. O sea, el Estado tiene el poder de tomar acciones de interés público sin tener que pagar indemnización, aun cuando los intereses de los dueños de la propiedad individual se vean adversamente afectados.

Pero lo anterior queda debilitado por la forma en que el tratado define lo que es una inversión (10.28) y por la introducción explícita del concepto de expropiación indirecta. En el campo de las políticas educativas, una acción del Estado en favor de la educación pública (general o particular) que tenga como efecto disminuir la rentabilidad financiera de una empresa extranjera dedicada a los "servicios de enseñanza" (una significativa disminución en la matrícula, y por ende, en las ganancias, por ejemplo), podría ser impugnada dentro de este marco de privilegios que reciben las empresas transnacionales, y que como hemos visto, no se desaplica en la ficha de servicios sociales del Anexo II.

Así, si en Costa Rica nos propusiéramos elevar el nivel y la calidad de la educación pública, de tal modo que la rentabilidad de la educación privada se reduzca sensiblemente

(reducción de matrícula, cierre de algunos centros), los inversionistas extranjeros que se sientan perjudicados podrían exigir al Estado cuantiosas indemnizaciones compensatorias. Distinto sería si el artículo 10.7 también hubiese sido incluido en la ficha de medidas disconformes del Anexo II. ¿Por qué no se lo hizo?

El círculo de amenazas se cierra si tenemos en cuenta el Anexo 20.2 (Anulación y Menoscabo), el cual precisa lo siguiente:

> Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este Capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida *que no contravenga el Tratado*, consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones: ...(d) Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios)... (énfasis nuestro).

Vale decir, incluso medidas que no contravengan el tratado pueden ser impugnadas en el campo de los servicios, incluyendo los "servicios de enseñanza". En resumen, ni siquiera la educación pública queda a salvo de las amenazas derivadas de los privilegios que reciben las empresas extranjeras en los capítulos 10 y 11.

3. Algunos posibles efectos indirectos derivados de la total desregulación y mercantilización de la educación privada

Como vimos antes, la reserva contemplada en el Anexo II (Servicios Sociales) se refiere de manera exclusiva a la educación pública, de modo que la educación privada queda por completo convertida en un campo más de los negocios. De esta forma, los inversionistas extranjeros en el área de los "servicios de enseñanza" adquieren plenamente los derechos (privilegios) contemplados en los capítulos 10 y 11 (Acceso a Mercados, Trato Nacional, Requisitos de Desempeño, etc.). Y

recordemos que estos derechos adquieren rango supra legal (el tratado en sí tendría rango superior a las leyes).

Lo anterior significa que, por ejemplo, el Estado costarricense no podrá imponer ninguna restricción de "acceso a mercados" a universidades extranjeras (estadounidenses, salvadoreñas, etc.), tal como lo exige el Artículo 11.4, por lo que las disminuidas potestades del CONESUP para regular a estos centros de enseñanza desaparecerían del todo, puesto que únicamente podrían ser "inspeccionadas" (Artículo 79 de la Constitución). Tampoco se les podrá imponer "requisitos de desempeño", ni regulaciones sobre nombramiento de profesores o personal administrativo nacionales (todos podrían ser extranjeros y enseñar con los textos y métodos que consideren convenientes).

Tampoco podrá el Estado subvencionar colegios o universidades privadas nacionales (por ejemplo, a cambio de destinar esas subvenciones al otorgamiento de becas a estudiantes de bajos recursos), si simultáneamente no subvenciona a los centros extranjeros, pues ello violaría el principio de "trato nacional". El Estado costarricense subvenciona con casi 5.000 millones de colones anuales a 29 centros educativos privados de secundaria, en los que estudian unos 20.000 estudiantes [3]. Estas subvenciones se encuentran amparadas en el Artículo 79 de la Constitución Política. Si por causa del TLC, el Estado estuviera obligado a subvencionar también a los centros extranjeros privados, se daría un significativo drenaje de recursos que no iría a las arcas de las instituciones de educación pública, que tanto los necesitan.

En el caso de las universidades privadas, estas subvenciones podrían darse (en el marco de un plan nacional de desarrollo de la educación), tanto para favorecer a estudiantes en desventaja económica y social, como para proyectos de investigación científica o el suministro de ciertos servicios a la población (odontológicos, médicos, jurídicos, etc.). Y asimismo tendrían que concederse a universidades extranjeras que los soliciten (principio de trato nacional).

---

[3] "MEP pide cuentas a centros privados con subvención estatal". *La Nación*, 14.11.05.

Si tenemos en mente que los privilegios mencionados y la incapacidad estatal para fijar regulaciones serían en favor de los centros privados *extranjeros* (de las otras Partes signatarias del tratado), esto de seguro propiciaría una rápida extranjerización de la educación privada en Costa Rica, en especial de la educación superior (universitaria y para-universitaria). Y si repasamos la experiencia latinoamericana y caribeña en este campo, es altamente probable que en nuestro medio se profundice la segmentación del mercado de la educación superior privada: unas pocas universidades extranjeras con adecuada infraestructura y elevados costos de matrícula, solo alcanzables para los estratos de altos ingresos, y un puñado de centros en condiciones mínimas y captando estudiantes de clase media que obtendrían una educación de segunda o tercera categoría. Por supuesto, esto representaría una mayor presión para el acceso de la población joven a las universidades públicas, que ahora sí podrían sufrir una "fuga de cerebros" hacia las universidades privadas extranjeras (lo que hasta el momento no ha ocurrido).

Conclusiones y reflexión final

La educación pública no ha sido excluida del TLC con los EE. UU., al tiempo que la reserva contemplada en el Anexo II es claramente insuficiente, al dejar por fuera, entre otras, la peligrosa cláusula de "expropiación indirecta". Así, medidas gubernamentales en el campo de la educación podrían ser impugnadas si a juicio de los inversionistas extranjeros en el campo de los "servicios de enseñanza", representan una medida equivalente a una expropiación.

Los centros educativos privados (en todos los niveles) que pretendan seguir siendo "nacionales", se verán envueltos en una competencia desleal con los extranjeros, ya que estos últimos quedarían fuera de cualquier clase de regulación estatal; o terminarán convirtiéndose en sociedades anónimas con la mayor parte de sus acciones en manos de extranjeros. Y cualquier subvención que el Estado pretenda dar a los centros privados, tendría que extenderse de manera

automática a los extranjeros, dilapidando recursos que deberían ir a la educación pública.

¿Será por estas y otras razones que el documento del COMEX antes citado termina diciendo en su acápite sobre educación:

> ...desde esta perspectiva, el TLC conlleva el replanteamiento de una serie de temas relacionados con políticas educativas en Costa Rica.

¿Qué esconde este planteamiento? Es lo que hemos querido develar en este breve ensayo: el TLC apunta con nitidez hacia la creación de un "sistema de libre competencia" en el campo de la educación.

Capítulo IX

El TLC con los EE. UU. y sus eventuales implicaciones sobre las funciones y potestades de los gobiernos locales en Costa Rica

Introducción

Aunque se pueden identificar cuatro capítulos específicos del TLC en los que se menciona directamente a las municipalidades y a las "medidas municipales" (los capítulos nueve, diez, once y doce), conviene de partida tener claros dos elementos generales pero determinantes para el análisis:

1) Que especialmente en los capítulos diez y once (Inversión y Servicios Transfronterizos), se contemplan una

serie de disposiciones en favor del "libre comercio" de bienes y servicios y de la libre movilidad de los capitales, que a su vez representan derechos para los inversionistas extranjeros y obligaciones para los gobiernos (en sus diferentes niveles). Entre estas disposiciones, las más relevantes son: trato nacional, trato de nación más favorecida, acceso a mercados, prohibición para establecer determinados requisitos de desempeño, expropiación e indemnización, nivel mínimo de trato, etc.

2) Que el tratado, en caso de aprobarse, obtendría el rango de una "super ley", es decir, sus disposiciones tendrían rango superior a la ley ordinaria, por lo que, en caso de cualquier "disconformidad" entre la ley interna y el texto del tratado, prevalecería lo indicado en este último. Incluso, cualquier disconformidad con la Constitución Política, si la misma no es expresamente incorporada como una reserva en el tratado, tampoco sería tomada en cuenta por los miembros de los tribunales arbitrales supranacionales que contempla el tratado (CIADI, UNCITRAL), en caso de una disputa o controversia.

Veamos ahora tres de las secciones específicas del tratado donde se hace alusión explícita a las municipalidades, las obligaciones comprendidas y sus eventuales impactos en lo que a las potestades en materia de gobierno se refiere (dejamos por fuera del análisis los contenidos del capítulo doce, que en todo caso se trata de una extensión al campo de los servicios financieros de lo contemplado en los capítulos diez y once).

1. Las municipalidades quedan obligadas a cumplir con los principios y procedimientos de Contratación Pública del Capítulo Nueve

En la Sección B del Anexo 9.1.2 (b)(i), que comprende a las entidades gubernamentales de nivel subfederal o subestatal para cada Parte, la lista de Costa Rica incluye a las

81 municipalidades del país, sin que Costa Rica haya considerado en esta lista ningún tipo de excepción ("contrataciones no cubiertas"). Mientras que, por ejemplo, los EE. UU. sí dejaron por fuera de su respectiva lista (y por ende, de la aplicación de este Capítulo Nueve), "los programas que promueven el desarrollo de áreas en desventaja y negocios propiedad de minorías, veteranos discapacitados y mujeres", así como "medidas para promover la calidad ambiental".

Bajo la normativa del Capítulo Nueve (Contratación Pública), las municipalidades quedan entonces obligadas a respetar los principios de contratación pública contemplados en este capítulo, algunos de los cuales van más allá de lo establecido en nuestra propia legislación en esta materia (como lo son la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa). Esto, para cada contratación con un valor igual o superior a los umbrales determinados.

De especial interés y preocupación son los artículos 9.7 (Especificaciones Técnicas) y 9.8 (Requisitos y Condiciones para la Participación en las Contrataciones), que prohíben utilizar criterios en los contratos de licitación que no sean los estrictamente mercantiles (precio-calidad), esto es, se prohíben criterios relacionados con objetivos específicos de desarrollo, los cuales tienden a identificarse como "obstáculos innecesarios al comercio" [1]. Esto representaría una notable limitación para las potestades que puedan ejercer los gobiernos locales en sus intentos de abarcar áreas de política pública que en la actualidad están poco desarrolladas, pero que se pretende cubrir conforme avancen los procesos de descentralización y se adquieran mayores responsabilidades en materia de desarrollo local y regional (ambiente, salud pública, ordenamiento territorial, inversión extranjera, etc.).

Ciertamente, tales disposiciones contenidas en dicho capítulo solo se aplican en caso de que el valor de las contrata-

---

[1] Un análisis detallado de estos dos artículos y sus implicaciones, puede encontrarse en mi libro *101 razones para oponernos al TLC* (Heredia, EUNA, 2004), especialmente en la razón número 33.

ciones sobrepase ciertos umbrales ($477 mil para contrataciones de mercancías y servicios y $6.725.000 en contrataciones de servicios de construcción); sin embargo, estos umbrales pueden alcanzarse con facilidad en el caso de proyectos conjuntos que lleven a cabo varias municipalidades, como por ejemplo, un centro de tratamiento de desechos sólidos. Además, estos umbrales nada más se modifican utilizando como parámetro de ajuste la inflación en los EE. UU. (en este momento cercana al 3% anual), por lo que tarde o temprano abarcarán un mayor número de contrataciones, sobre todo en un escenario de ampliación de potestades y funciones de los gobiernos locales.

2. Obligación de que toda "medida" futura sea conforme con los derechos que los inversionistas extranjeros adquieren en el Capítulo Diez del tratado

Según el artículo 10.13 (Medidas Disconformes):

Los artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplican a:

(a) cualquier medida disconforme *existente que sea mantenida* por una Parte en:
(...)
(iii) un gobierno de nivel local (énfasis nuestro).

Lo anterior demanda cuatro observaciones:

1) Las medidas disconformes o artículos que se exceptúan de aplicación según este artículo 10.13, son los siguientes: trato nacional (10.3), trato de nación más favorecida (10.4), requisitos de desempeño (10.9) y altos ejecutivos y juntas directivas (10.10). Entonces, se dejan de lado tres artículos muy significativos por sus eventuales implicaciones limitantes sobre las potestades municipales: el 10.5 (nivel mínimo de trato), el 10.8 (transferencias),

pero y sobre todo, el 10.7 (expropiación e indemnización). Este último, en conjunto con el 10.28 (definiciones), es el artículo que incluye el concepto de "expropiación indirecta", el arma preferida de las empresas extranjeras cuando pretenden impugnar alguna "medida" pública que a su juicio lesiona su rentabilidad o su cuota de mercado.
2) Recordemos la gran amplitud del término "medida", que se refiere a "cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica" (artículo 2.1).
3) Las medidas disconformes contenidas en este artículo 10.13 se refieren a medidas *existentes* y *mantenidas* por un gobierno de nivel local, no así a ninguna medida que se pueda establecer posterior a la fecha de entrada en vigencia del tratado. Esto por cuanto, en el Anexo I de Medidas Disconformes, todas las allí contempladas se refieren al nivel del gobierno central. Y en cuanto a la ficha de "Servicios Sociales" del Anexo II, esta también deja de lado los artículos 10.5, 10.7 y 10.8.
4) Por consiguiente, todas las "medidas" futuras que emprenda un gobierno municipal, y que de una u otra forma afecten a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones, deben ser conformes con las disposiciones del tratado en su Capítulo Diez.

3. Obligación de que toda medida futura sea conforme con los derechos que los proveedores extranjeros de servicios adquieren en el Capítulo Once del tratado

Según el artículo 11.6 (Medidas Disconformes):

Los artículos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.5 no se aplican a:

(a) cualquier medida disconforme *existente que sea mantenida* por una Parte en:
(...)
(iii) un gobierno de nivel local (énfasis nuestro).

Tenemos por tanto una situación similar a las medidas disconformes del Capítulo Diez: se aceptan medidas disconformes a nivel de los gobiernos locales en cuanto a trato nacional (11.2), trato de nación más favorecida (11.3), acceso a mercados (11.4) y presencia local (11.5), pero solamente *para las medidas existentes* y que *sean mantenidas*, no así para cualquier medida a futuro que una municipalidad considere oportuno implementar. El problema es que las municipalidades costarricenses cuentan con muy poca tradición en materia de medidas existentes, que por ejemplo se relacionen con "acceso a los mercados" o con "requisitos de desempeño", por lo que el ámbito de tales medidas es en realidad muy poco significativo (a diferencia de las prácticas estatales equivalentes en los EE. UU.). Si en este campo mucho está por hacer, entonces las limitaciones a las potestades de los gobiernos locales son evidentes y deben ser evaluadas con cuidado.

Para resumir las principales preocupaciones expresadas en este y en el anterior apartado, estas son básicamente dos:

a) Exceptuando los contenidos del Anexo II (Lista de Costa Rica, en especial la ficha de "servicios sociales"), todas las medidas a futuro que tomen los gobiernos locales deberán ser "conformes" con las disposiciones del tratado, siendo este una super ley que abarca una cantidad considerable de ámbitos de la política pública, y no simplemente de la política comercial.

b) Incluso en el caso de las medidas existentes y mantenidas, así como para la ficha de "servicios sociales" del Anexo II, quedan por fuera de cualquier posible disconformidad permitida los artículos 10.5 (nivel mínimo de trato), 10.7 (expropiación e indemnización) y 10.8 (transferencias). Los dos primeros son a menudo utilizados en las controversias inversionista-Estado que contempla el Capítulo Diez del tratado.

4. Experiencias del TLCAN

Dentro de la experiencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), conviene tener muy presen-

te el caso Metalclad versus México, en el que una empresa de los EE. UU. impugnó la decisión del municipio mexicano de Guadalcázar de denegarle permiso de construcción para un vertedero de desechos tóxicos, lo mismo que la declaratoria del sitio como reserva ecológica por parte del gobernador del estado de San Luis Potosí. En agosto de 2000, un tribunal del TLCAN (con sede en el CIADI del Banco Mundial) dictaminó que la denegación del permiso de construcción y la creación de la reserva ecológica eran equivalentes a una *expropiación indirecta* y que México había violado el artículo sobre *nivel mínimo de trato* garantizado a los inversionistas extranjeros en el Capítulo 11 del TLCAN, porque a la empresa no se le brindó un marco regulatorio "claro y predecible". Metalclad obtuvo una indemnización, por parte del gobierno mexicano, de $15,6 millones.

Y aunque el gobierno mexicano fracasó en su intento de que el estado de San Luis Potosí le retribuyera el monto de la indemnización, queda claro que los gobiernos municipales no están fuera del alcance de los tribunales inversionista-Estado contemplados en este tipo de tratados comerciales y de inversión.

Amparados en el Capítulo 11 del TLCAN, los inversionistas extranjeros no solamente han impugnado políticas nacionales, sino que de igual forma han presentado demandas contra un número creciente de medidas adoptadas a nivel estatal y municipal. Entre estas se incluyen decisiones sobre el uso de la tierra y los recursos naturales, políticas ambientales y políticas de salud pública.

Aun cuando es el gobierno nacional el que es técnicamente responsable por las indemnizaciones que obtengan las empresas, hay que tener muy presente que los gobiernos centrales cuentan con una serie de facultades en el marco de la legislación nacional para hacer que los gobiernos municipales modifiquen sus políticas para disminuir o evitar esas obligaciones.

Además, como ocurrió en el caso en mención, la municipalidad de Guadalcázar se vio obligada a confiar la defensa del caso al gobierno mexicano, que siempre estuvo a favor de otorgar los permisos correspondientes a la empresa Metalclad.

Esto por cuanto la defensa legal en los tribunales del TLCAN (lo mismo ocurre en el TLC), debe ser asumida por el gobierno central, sin participación ciudadana o de los gobiernos locales involucrados.

Conclusión

Los gobiernos locales de Costa Rica deben valorar con todo rigor las disposiciones contenidas en el TLC que les afectan de modo directo e indirecto. Se trata principalmente de limitaciones a sus potestades de gobierno y de impulso al desarrollo local, que de ser transgredidas pueden ser impugnadas por las empresas extranjeras al amparo de los derechos (en realidad privilegios) que reciben en los capítulos diez y once del tratado; obligando al Estado, en caso de tener éxito en sus demandas, a pagar cuantiosas indemnizaciones, incluso cuando se trata de medidas en el nivel municipal.

Capítulo X

El TLC y su impacto en las condiciones de vida de las mujeres [1]

La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial *del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.*
Artículo 51, Constitución Política de Costa Rica (énfasis nuestro).

Las leyes darán protección especial *a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo.*
Artículo 71, Constitución Política de Costa Rica (énfasis nuestro).

---

[1] El presente texto es una sistematización de la exposición impartida por el autor el 28 de julio de 2005 en el foro "El TLC y el impacto en las condiciones de vida de las mujeres", organizado por el Programa Creciendo Juntas, de ahí que se mantenga para el ensayo el nombre dado a la actividad.

Introducción

Es de todos conocido que la pobreza no está distribuida equitativamente entre hombres y mujeres. De ser así, cerca del 50% de las personas pobres en un país y al nivel mundial serían hombres y cerca del otro 50% serían mujeres. Pero según datos de las Naciones Unidas, las mujeres constituyen cerca del 70% de los 2,5 mil millones de las personas pobres en el mundo, es decir, que viven con menos de dos dólares al día. Costa Rica no es una excepción a esta regla, y diversos estudios han reflexionado sobre la "feminización de la pobreza" [2]. ¿Por qué esta desproporción? En general, esto se debe al marco de discriminación y desigualdad económica, social y cultural que sufren las mujeres de todas las edades, y que se manifiesta en desigualdades en áreas como el acceso al crédito y a la tierra, capacitación tecnológica, educación, oportunidad de empleos de calidad y el recargo del trabajo "de reproducción", entre otros.

¿En las negociaciones comerciales se toman en cuenta estas necesidades y preocupaciones específicas que atañen a las mujeres? Hasta ahora eso no ha ocurrido, y el TLC con los EE. UU. no ha sido la excepción.

Sin embargo, podemos tomar nota, al menos en términos preliminares y meramente indicativos, de las implicaciones dispares en aspectos de género que los procesos económicos en general y los procesos de apertura y liberalización comercial en particular, suelen tener.

---

[2] Además, es bien sabido que el mercado de trabajo está diferenciado por sexo, que las mujeres tienen una incorporación laboral asalariada más restringida y que el desempleo las afecta de manera más pronunciada; para mencionar solo algunos indicadores básicos.

1. Aspectos de los TLC (apertura comercial y liberalización de las inversiones) que pueden tener impactos diferenciados en cuanto al género

En agricultura

Con la apertura comercial se suelen fomentar algunos cultivos comerciales o "transables", a la vez que se reduce el espacio para los cultivos de alimentos básicos. Esto pone en serio peligro a los pequeños productores agropecuarios y es necesario conocer o prever qué tipo de cultivos comerciales se propician, en qué condiciones de trabajo se desarrollan (salarios, seguridad laboral, derechos laborales, etc.) y cómo esto afecta de modo particular a las mujeres en las áreas rurales. No conocemos de ningún estudio que el COMEX haya realizado sobre este tema, antes o durante la fase de negociación. ¿Fueron al menos tomadas en cuenta las inquietudes de las organizaciones feministas y de mujeres trabajadoras del campo y la ciudad? La respuesta parece ser rotundamente negativa.

En servicios

La apertura a la competencia en "servicios" como la educación, la salud o los "servicios transfronterizos" en general, puede afectar, y de hecho afecta, de manera diferenciada a hombres y mujeres (también a jóvenes o adultos, entre otros).

En materia de empleo, por ejemplo, las mujeres suelen tener mucha mayor presencia en campos como la educación, la enfermería, los oficios domésticos, las microempresas o las labores de oficina.

En cuanto al acceso a estos servicios, impactos en el costo de la atención médica o la educación, que progresivamente se privatizan, de igual forma afectaría de modo desigual a las mujeres, que como vimos, suelen ser el mayor grupo entre las personas pobres.

En derechos de propiedad intelectual

Los impactos de los nuevos "derechos" (privilegios) de propiedad intelectual que exigen las grandes empresas transnacionales, afectan, entre otros: el costo de los medicamentos, el patentamiento de obtenciones vegetales y de productos derivados de plantas tradicionales, la piratería de diseños artísticos y de sabidurías tradicionales que acostumbran pasar desapercibidas y que en ocasiones están vinculados al papel de las mujeres en la sociedad y la familia (como reza la publicidad de una empresa que ofrece un nuevo condimento comercial: "Hemos robado el secreto mejor guardado de la abuela"). Las mujeres artesanas que fabrican textiles, joyería y cerámica, y los venden en los mercados local y mundial, constituyen el 70% de los artesanos en América Latina y el Caribe. ¿Protege el TLC a los artesanos tradicionales, por ejemplo, de las falsificaciones en artesanías indígenas? ¿Protege el TLC la sabiduría tradicional?

En compras gubernamentales

La vigencia del principio de trato nacional en materia de compras públicas, así como la prohibición de que a través de las mismas se realicen *acciones afirmativas* que favorezcan a empresas propiedad de mujeres pobres, de minorías étnicas o de comercio justo, limita considerablemente el papel del Estado como protector de los derechos de las mujeres. ¿Se precisan en el TLC excepciones para empresas encabezadas por mujeres o por minorías étnicas? ¿Se respeta la protección especial que garantizan los artículos 51 y 71 de la Constitución Política? La respuesta es negativa.

En inversiones

Similar al punto anterior, la obligación de dar trato nacional y acceso a mercado a las empresas transnacionales, inhibe la posibilidad de acciones afirmativas en favor de las empresas (autogestión, cooperativas) organizadas y dirigidas por mujeres. Igualmente problemática es la prohibición general

para exigir el cumplimiento de ciertos requisitos de desempeño a las grandes empresas. Y aunque las zonas francas de exportación crean nuevos empleos para mujeres, estos pagan salarios muy bajos en condiciones de trabajo difíciles y horarios extensos. Además de las múltiples y repetidas denuncias sobre abuso físico, acoso sexual, pruebas de ingravidez y violencia, que abundan en este tipo de empresas.

En legislación laboral

Hay dos temas de especial interés para las mujeres en materia laboral en los acuerdos de libre comercio: la discriminación en el empleo y la desigualdad en las remuneraciones. ¿Fueron estos incorporados en el capítulo laboral del TLC? Veremos más adelante que la respuesta es negativa.

Hecho el recuento anterior, lo importante es destacar que, no obstante la existencia de suficiente evidencia empírica de que los proceso de apertura comercial y los TLC tienen impacto diferenciado entre hombres y mujeres (por lo general en contra de las mujeres), no hubo por parte de los negociadores del COMEX ninguna atención especial para defender los derechos y tomar en cuenta las necesidades específicas de las mujeres en el TLC con los EE. UU. El único argumento que se les escucha decir es que gracias a la negociación en textiles habrá más empleo para las mujeres, que suelen ser contratadas en estas fábricas, pero esta posibilidad (más bien remota) sería ante todo una consecuencia de la defensa de los intereses de los empresarios textileros, como lo demuestra el que el tema de la discriminación en las condiciones de trabajo no es parte de la definición de "legislación laboral" del tratado.

2. ¿Qué incluye el TLC para "proteger" a las mujeres de estos efectos negativos del "libre comercio"?

Incluso los defensores del libre comercio reconocen que este "puede" tener efectos indeseables sobre ciertos sectores

de la sociedad. Por eso se incorporan anexos a distintos capítulos de los TLC en los cuales se reservan ciertas protecciones por medio de limitaciones a los principios de acceso a mercados, trato nacional y otros similares. ¿Cuáles reservas en favor de las mujeres costarricenses se consignan en el TLC con los EE. UU.? Revisemos tres capítulos de especial interés para evaluar esta interrogante: a) el capítulo de compras públicas (nueve), b) los capítulos de inversión (diez) y de servicios (servicios transfronterizos), que tienen su propio anexo de "medidas disconformes", y c) el capítulo laboral (dieciséis), a fin de evaluar qué eventuales disposiciones especiales contiene este capítulo en favor de las mujeres.

2.1. Capítulo Nueve (Contratación Pública). Anexo 9.1.2 (b)(i)

Sección A (Entidades de Gobierno de Nivel Central):

Al nivel de las instituciones del gobierno central (ministerios), no se establece, por parte de Costa Rica, *ninguna* reserva en favor de las mujeres.

República Dominicana, por ejemplo, dejó fuera de la cobertura de este capítulo, "las contrataciones realizadas para fomentar programas de apoyo a la agricultura", lo mismo que "programas para el bienestar estudiantil o la accesibilidad de la educación", que aunque no se refieren específicamente a protección en favor de las mujeres, puede ayudar en esta dirección.

Sección B (Municipalidades):

Tampoco se estipula aquí *ninguna* reserva.

Con todo, en esta Sección B del Anexo 9.1.2(b)(i), los EE. UU. si excluyen de la cobertura de este capítulo

> ...programas que promueven el desarrollo de áreas en desventaja y negocios propiedad de minorías, veteranos discapacitados, o *mujeres* (énfasis nuestro),

al igual que medidas para promover la calidad ambiental en los estados. Esto significa, repetimos, que en materia de compras públicas (nivel regional, o sea, estatal), los EE. UU. sí podrán realizar acciones afirmativas en favor de ciertos grupos de mujeres, mediante sus programas de contratación pública. ¿Por qué Costa Rica no hizo reserva alguna?

Sección C (Entidades descentralizadas):

El único punto a favor de esta sección es que el INAMU no está en la lista de instituciones sujetas a cumplir con las disposiciones de este capítulo (aun cuando esto puede ser variado por la Comisión de Libre Comercio).

Sección E (Servicios):

Ninguna reserva en beneficio, específicamente, de las mujeres; si bien se excluye de la cobertura del capítulo a servicios públicos como los servicios de seguridad social de afiliación obligatoria, servicios de educación pública, servicios sociales y de salud y servicios de alcantarillado y eliminación de residuos, servicios de saneamiento y similares.

Sección G (Notas Generales):

Costa Rica hace la siguiente reserva general: el capítulo no se aplica a los programas de compras gubernamentales para favorecer a las micro, pequeñas y medianas empresas (nada en especial en favor de las mujeres). De manera que, si por ejemplo, una cooperativa de mujeres no cumple la condición de ser una *mipyme*, no sería parte de esta posible excepción. Por lo demás, ¿dónde están esos programas de apoyo de la administración pública a las *mipymes*?

No obstante, República Dominicana sí determina la siguiente reserva:

> Este capítulo no se aplica a los programas de compras gubernamentales para promover el alivio de la pobreza o *la protección de mujeres*, discapacitados, niños u adolescentes (énfasis nuestro).

Desde luego, frente a las implicaciones globales del tratado, este tipo de reservas no son más que un paliativo menor, pero, ¿por qué ni siquiera esto?

2.2. Capítulos 10 y 11: Medidas Disconformes

Costa Rica no establece *ninguna* reserva (medida disconforme) en favor de las mujeres, relacionada con las disposiciones de estos capítulos tan importantes.

Los EE. UU., en cambio, incluyeron la siguiente ficha:

Sector:	Todos
Obligaciones afectadas:	Trato Nacional, Nación Más Favorecida, Presencia Local, Requisitos de Desempeño, Altos Ejecutivos y Juntas Directivas.
Nivel de gobierno:	Regional
Medidas:	Todas las medidas existentes disconformes de todos los estados de los EE. UU., el Distrito de Columbia y Puerto Rico.

Esto significa, ni más ni menos, que este país reserva en esta ficha cualquier medida disconforme (ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica) en cualquier sector y en todos los estados, que contradiga las disposiciones de los capítulos 10 y 11. Esto incluye cualquier acción afirmativa en favor de las mujeres.

Además, en el Anexo II, EE. UU.

> ...se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue derechos o preferencias a las minorías social o económicamente en desventaja.

2.3. Capítulo Dieciséis (Laboral)

En materia de Cooperación Laboral (un acuerdo de buenas intenciones, aunque sin carácter de obligatoriedad que

aparece en el anexo al capítulo 16), solamente encontramos, en la lista de prioridades, la siguiente:

> Género: temas de género incluyendo la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y ocupación.

Ahora que, lo más lamentable con respecto al tema que nos ocupa, es que la definición de legislación laboral contenida en el Artículo 16.8 no incluye lo referido a la discriminación en el empleo y la ocupación (Convención 111 de la OIT), ni lo concerniente a la igualdad en la remuneración (Convención 100 de la OIT), dos áreas de particular interés para la defensa de los derechos de las mujeres en asuntos laborales.

Por lo anterior, en el marco del tratado, violaciones a estos derechos no pueden dar pie a ningún proceso de demanda ni a ninguna eventual multa (que en todo caso pagaría el Estado) o sanción.

3. Ignorancia de garantías constitucionales

El capítulo laboral del TLC ignora completamente el Artículo 71 constitucional, ya que según este artículo, toda ley en asuntos de trabajo deberá dar "protección especial a las mujeres", lo que no ocurre en este caso. La redacción de este artículo de la Constitución es contundente: se trata de un derecho que los legisladores deberán *garantizar* y no simplemente de una recomendación normativa.

Pero igualmente es notable que el TLC ignora el Artículo 51 de la Constitución, el cual también garantiza el derecho a la "protección especial del Estado" en favor de la madre, la niñez, los ancianos. Nos parezca o no insuficiente esta forma en que la Constitución garantiza la posibilidad de acciones afirmativas en favor de la madre, es un escudo jurídico frente a las muchas amenazas que se esconden en los tratados de libre comercio, que ignoran este derecho constitucional.

Por tanto, incito a las compañeras del Programa Creciendo Juntas, a que, entre otras cosas, denuncien la inconstitucionalidad de este TLC en los puntos recién comentados.

Capítulo XI

El ICE, el TLC y el desarrollo nacional

1. Al calor de las reformas privatizadoras

Durante los últimos veinte años ha habido en América Latina y el Caribe una intensa discusión sobre la reforma de los sectores eléctricos y de telecomunicaciones, ambos con anterioridad bajo control predominantemente estatal. Y aun cuando en la práctica lo que ha ocurrido es una masiva privatización de activos públicos que en general ha conducido a mercados oligopólicos controlados por empresas transnacionales, de cara a la discusión acerca del futuro del ICE conviene resaltar algunos resultados de este debate.

En materia de estructura de mercados

Ha privado la tesis de que los mercados competitivos conducen más fácilmente a la eficiencia. Aun así, en la prác-

tica lo que se han conformado, en la mayoría de los casos, son mercados oligopólicos o casi monopólicos, ahora privados.

En materia de organización institucional

Ha privado la tesis de una menor integración vertical y horizontal, siendo inconcebible que una sola empresa maneje simultáneamente toda la cadena de la producción eléctrica, o toda la cadena de las infocomunicaciones. Por supuesto, para esta forma de pensamiento resulta una locura que una única empresa maneje los dos sectores a la vez, electricidad y telecomunicaciones.

En materia de propiedad

Ha privado la tesis de que debe prevalecer la propiedad privada y no la propiedad estatal.

Dejando de lado el hecho de que, posiblemente, detrás de estas formas de pensar y de actuar se esconden enormes intereses de individuos y empresas que se han aprovechado del festín de las privatizaciones, debería quedar claro lo siguiente:

La estructura del mercado, la organización institucional y el tipo de propiedad que deben prevalecer, tanto en el sector de electricidad como en el de telecomunicaciones, no pueden responder a una creencia ideológica simplemente: se trata de medios para alcanzar fines determinados.

Ahora bien, si el fin es que toda la población tenga acceso a estos servicios, con una calidad aceptable y sin destruir el ambiente, entonces hay que evaluar la idoneidad de los medios en función de estos fines.

1.1. Electricidad

¿Cuáles son los hechos? ¿es posible una liberalización que permita cumplir los objetivos señalados?

• La cobertura eléctrica del país es muy elevada, si bien todavía falta un pequeño porcentaje del territorio y de su población sin acceso a este servicio.
• El costo de la electricidad para las empresas y familias representa apenas una pequeña parte de sus ingresos.
• Sin embargo, se trata de un sector que por lo cuantioso de sus inversiones y la lenta recuperación del capital invertido, aun demanda de ciertos subsidios cruzados, que en el caso del ICE provienen de la ganancias del sector telecomunicaciones.
• Si el país decidiera internalizar los costos ambientales de esta actividad e incorporarlos en el precio que paga el consumidor, el acceso universal estaría en entredicho, a menos que los subsidios cruzados permitan impulsar esta política de sustentabilidad ambiental.
• No obstante, la mayor limitante parece ubicarse en la capacidad regulatoria del Estado, como lo demuestra la imposibilidad de llevar adelante los juicios de lesividad contra algunos generadores privados que ha sido exigido por la Contraloría General de la República.

En resumen, se trata de un sector en el cual ya existe una significativa apertura en generación y distribución, y donde no hay duda que la empresa privada y el sector cooperativo tienen un papel importante que cumplir. Con todo, hay un déficit regulatorio que no se elimina por decreto ni por medio de una ley o un tratado. Mientras esto subsista, una mayor liberalización es contraproducente, porque iría a contrapelo del objetivo de acceso universal y del bien común. Pero sin duda, una liberalización planificada y soberana es concebible a mediano plazo.

1.2. Telecomunicaciones

Aquí la dicotomía entre solidaridad y libre mercado es más palpable.

• Sin duda, la liberalización conduciría a un mercado controlado por pocas empresas, lo que exigiría del Esta-

do una altísima capacidad regulatoria para impedir abusos en tarifas, poner freno a prácticas de corrupción y estimular la capacidad innovativa.

- Por otra parte, la capacidad de compra del costarricense promedio es todavía muy baja, como para desechar los esquemas de subsidios cruzados en favor de la telefonía rural o el consumidor básico de servicio celular. Es muy distinto liberalizar un mercado como el europeo, donde el ingreso per capita ronda los $20 mil dólares anuales, versus el costarricense, con un ingreso apenas cercano a los $4.500.
- Además, aún se requiere de los subsidios que el sector telecomunicaciones facilita al sector eléctrico, aunque solo fuese por las economías de escala que representa compartir la infraestructura.

En resumen, una apertura atropellada del sector telecomunicaciones, como está planteada en el marco del TLC, iría totalmente a contrapelo del fin buscado: servicio universal de calidad y con desarrollo sustentable.

1.3. La red Internet

Este caso es indudablemente el más problemático. Su liberalización conduciría de manera inexorable a una concentración del acceso a la información, y por tanto, a un monopolio del conocimiento en pocas manos (en realidad, en pocas cabezas).

Con la liberalización o no de la Internet, el país se juega la posibilidad de democratizar o no el conocimiento, en un momento histórico en que nos aproximamos a una "sociedad de la información", y donde, por ende, la democracia en esa sociedad sería inseparable del acceso democrático y universal a la información y el conocimiento.

Desde el punto de vista del desarrollo humano, sería un error histórico que el país renuncie a tener una política de Estado en esta materia, y hoy por hoy, tal política de Estado demanda el monopolio estatal de este sector estratégico. No

obstante, ante la apertura propuesta en el TLC, únicamente un acto de soberanía podría permitir optar por esta dirección.

2. El ICE y el desarrollo nacional

Dos artículos centrales de nuestra Constitución Política que han contribuido de modo decisivo a definir la economía costarricense como una "economía mixta" y al Estado nacional como un "Estado social de derecho", son los artículos 50 y 74.

El primer párrafo del artículo 50 dice:

> El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Durante las discusiones realizadas en la Asamblea Nacional Constituyente en que se definió esta redacción (y años atrás, en la reforma constitucional de 1943), la confrontación ideológica fue muy intensa. Por un lado se encontraban quienes afirmaban que emplear el vocablo "organizando" en el contexto de la norma citada, implicaba una interferencia indebida del Estado en las actividades productivas y representaba una desconfianza en la iniciativa privada. En el otro bando estaban quienes consideraban que los artículos 45 y 46 de la Carta Magna consignaban de forma tajante los derechos de propiedad y de libertad de empresa, de manera que la norma solamente pretendía regular la actividad productiva y la propiedad privada, sin ponerla en entredicho.

Como sea, la redacción elegida contribuyó a crear, y fue parte de, un período histórico en el cual el Estado costarricense asumió la misión de orientar el desarrollo nacional, pese a que la experiencia propiamente planificadora no haya resultado muy exitosa.

En efecto, en pocas áreas esta experiencia resultó tan decisiva como en el campo crucial de la energía, en el cual líderes visionarios y patriotas le confiaron al Instituto Costa-

rricense de Electricidad (ICE) la misión de electrificar el territorio nacional y hacer el mejor uso posible de los recursos energéticos disponibles. En este sentido, la figura de "institución autónoma" dada al ICE fue decisiva, ya que durante algunos años le proporcionó a la institución la autonomía técnica y política necesaria para emprender y llevar a cabo con éxito tan importante e histórica tarea.

Hoy en día, un desafío semejante acontece en el campo de las telecomunicaciones, y hoy como ayer, buena parte del debate se centra en el papel del Estado en el desarrollo nacional. Y por más que la "apertura" ya es un hecho en algunos de los segmentos del espectro radioeléctrico y cibernético, lo negociado en el TLC en este campo pone en riesgo el carácter de institución de desarrollo asignado al ICE desde su creación en 1949.

¿Tomaron en cuenta los negociadores del COMEX el papel crucial de la telemática (telecomunicaciones + informática) en la "nueva economía digital", en la "nueva economía de la información" y en la "nueva economía del conocimiento"? Aunque estos términos conllevan una carga ideológica no despreciable y no deben tomarse a la ligera, lo cierto es que el capitalismo industrial globalizado está atravesando por transformaciones de gran envergadura, donde la mercantilización e industrialización de los servicios, por un lado, y el papel cada vez más preponderante del *trabajo conceptual* (más que del trabajo inmediato) por el otro, son dos de sus ejes centrales. Para uno y para otro, el núcleo tecnológico de estas transformaciones descansa en el desarrollo de la telemática y en el control del "espacio cibernético".

Una comparación nos puede ayudar a comprender la magnitud de los cambios que estamos presenciando y del desafío involucrado: puede asegurarse que la telemática será en el siglo XXI, lo que la máquina de vapor fue para el siglo XIX, o lo que el motor de combustión interna y el motor eléctrico fueron para el siglo XX. La máquina de vapor permitió el nacimiento de la industria, y luego, la revolución de los transportes con el ferrocarril y la navegación a vapor. El motor de combustión interna ha permitido la existencia del automóvil y de los aeroplanos, y todavía hoy se utiliza el

búnker como combustible en algunas ramas de la industria. Y sin el motor eléctrico, la industria moderna sería sencillamente imposible. Pues bien, y de forma similar, la conjunción de la microelectrónica y las telecomunicaciones (telemática) no solamente es uno de los ejes centrales de la llamada "nueva revolución científico tecnológica", sino además y en particular, la base técnica de la mercantilización e industrialización de los servicios, punta de lanza de la "nueva economía" mundial.

Entonces, el campo de las telecomunicaciones no representa apenas un área más de los negocios, aunque por cierto, una altamente rentable, sino una condición *sine qua non* para cualquier política de desarrollo. Quienes lo ven únicamente como un negocio, insisten en la competencia y la competitividad del sector de telecomunicaciones, y de modo apresurado sacan la conclusión de que la "apertura" (total) es inevitable. Quienes sobre todo lo vemos desde la óptica de las posibilidades del desarrollo, concluimos que su control estratégico es no solo factible y necesario, sino imprescindible para cualquier política de desarrollo con posibilidades de éxito. La renuncia a este control estratégico del espacio cibernético y de la expansión de las telecomunicaciones es, hoy por hoy, la renuncia al desarrollo. Desde luego, se requieren otras condiciones (como una reforma radical en la educación y en nuestro precario sistema de ciencia y tecnología), pero sin este elemento que comentamos no podemos caminar con nuestros propios pies ni pensar con nuestra propia cabeza. Seguiremos siendo un típico "país periférico".

Según cuentan algunas crónicas de la época de la invasión y colonización española en el siglo XVI, nuestros ancestros aborígenes, ignorando el valor económico del oro para los europeos en el naciente capitalismo comercial, intercambiaban (muchas veces a la fuerza) el metal precioso por espejos y cuentas de vidrio, que seguramente, por novedosos, les parecían fascinantes.

Pues bien, los acuerdos sobre telecomunicaciones en el marco del TLC, a cambio de algunas dádivas a un pequeño grupo de exportadores nacionales y extranjeros (la consolidación de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe y una reduc-

ción arancelaria poco significativa), así como para los llamados "productos sensibles" (pequeñas concesiones en cuotas, plazos de desgravación y volúmenes de activación de salvaguardias), ponen en riesgo inminente el control nacional sobre esta, la "máquina de vapor" del siglo XXI. Vista en sí misma, se trata de una concesión inaudita.

El artículo 74 de la Constitución cierra el Título V de la misma y contempla un elemento decisivo que el país únicamente ha desarrollado a medias. Este artículo determina:

> Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables... serán reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

Una "política permanente de solidaridad nacional" es, en efecto, absolutamente necesaria cuando se deja a las fuerzas del mercado y a la empresa privada la producción y distribución de la mayor parte de los bienes y servicios de una economía, tal como ocurre hoy en la práctica totalidad del planeta. Esto por cuanto, si bien el mercado libera estímulos que acrecientan las fuerzas productivas materiales, también tiende a generar consecuencias negativas sobre la integración social y la equidad, al igual que sobre el ambiente. No obstante, una "política permanente de solidaridad nacional" no puede llevarse a cabo por una simple política social compensatoria, sino que requiere de instituciones y recursos que impulsen un desarrollo económico y social lo más inclusivo posible. El elemento compensatorio es parte de la ecuación, sin embargo lo más importante es contar con políticas e instituciones que inhiban, contrarresten y eviten la aparición de tendencias polarizantes en el tejido social, a la vez que contribuyan a producir un desarrollo sostenible y equitativo.

Una vez más, el ICE aparece como una institución central para estos propósitos, puesto que gracias a su histórica tarea durante más de cincuenta años, ha hecho posible el acceso universal a un servicio tan básico como la electricidad; al tiempo que en el futuro cercano, y en colaboración con otras

instancias públicas y privadas, contribuiría a hacer posible un acceso igualmente universal a la información y al conocimiento, a través del desarrollo equitativo de las infocomunicaciones.

De manera que lo que está en juego con el TLC es claramente la estrategia de desarrollo, económico y social, que el país habrá de definir para las próximas décadas. El fortalecimiento o redefinición del ICE dentro de este contexto hará posible o no, que esta institución se "modernice", esto es, que responda de forma exitosa al desafío tecnológico en curso y que actualice sus objetivos e instrumentos de intervención, ya sea en función de intereses particulares y hasta foráneos, ya sea en función del interés general y el bien común. Esperamos que el país se decida por la segunda alternativa.

3. Opciones de modernización en el sector telecomunicaciones: del dogma y los intereses sectoriales a una propuesta con visión de desarrollo

A partir de lo desarrollado en los apartados anteriores, resulta obvio que el sector telecomunicaciones en Costa Rica urge de una propuesta coherente y factible de modernización, si bien no cualquier modernización. A continuación se sugieren algunas líneas de carácter metodológico para el abordaje de esta importante y compleja tarea.

A pesar de que tanto en el sector de electricidad como en las telecomunicaciones de Costa Rica, la iniciativa privada cumple desde hace muchos años un papel notable, dada la preponderancia del ICE en ambos sectores suele hablarse de manera imprecisa de una situación de "monopolio" para ambos casos, lo cual, estrictamente hablando, se refiere a la fase de transmisión de la electricidad y al control por parte del ICE de las concesiones del Estado en telefonía (fija y móvil) y en Internet.

No obstante, durante la fase final de la negociación del TLC con los EE. UU., y a contrapelo de lo inicialmente

dispuesto por el Gobierno (al menos por el presidente Abel Pacheco), se cristalizó la propuesta de una "apertura", sobre todo en telecomunicaciones (Anexo al Capítulo Trece). Esta incluye, según la propuesta del Gobierno de Costa Rica y en correspondencia con la exigencia de los EE. UU., la posibilidad de concesionar al sector privado (nacional y extranjero) una o varias bandas para la telefonía celular, el acceso a la Internet de operadores privados y la opción de que empresas extranjeras tengan líneas dedicadas para la comunicación internacional.

Por otra parte, la mayoría de los participantes en este conflicto (sindicatos, cámaras patronales, instituciones gubernamentales, etc.), sostienen, con mayor o menor vehemencia y convicción, que una condición muy importante para que alguna apertura adicional a la ya existente pueda hacerse realidad en Costa Rica, y que la misma no conduzca a la transformación de un cuasi monopolio estatal en uno privado, consiste en el previo fortalecimiento institucional del ICE, principalmente en aspectos relativos a la autonomía administrativa y financiera y a su correspondiente capacidad de acción estratégica y operacional en ambos campos. Incluso las propias autoridades de la institución han manifestado su anuencia a la apertura, bajo ciertas condiciones que se intentaron negociar en la Comisión Especial Mixta sobre el Fortalecimiento y Modernización del ICE que funcionó en la Asamblea Legislativa entre el 2003 y el 2005, sin resultado alguno.

Ciertamente, es de gran relevancia para el país en general, y para el ICE en particular, sacar las lecciones pertinentes de los procesos de liberalización y privatización del sector de telecomunicaciones en América Latina y el Caribe, en Europa y en otras latitudes, y utilizar esa información para evaluar los cambios requeridos en la estructura del mercado, la organización institucional del sector y el marco regulatorio que se consideren como los más adecuados para garantizar que los objetivos de eficiencia y competitividad y los principios de universalidad y solidaridad, puedan seguir guiando el trabajo de la institución y su aporte al país.

Por consiguiente, el problema no consiste en asumir como un *a priori*, ya sea la apertura y la competencia, ya sea

el monopolio, como los mejores modelos a seguir, ni tampoco sugerir, de forma simplista, un "punto intermedio" entre estos extremos, para luego preguntarse por los cambios que sería necesarios realizar para garantizar que las funciones estratégicas de la institución en uno u otro caso, sean cumplidas satisfactoriamente.

Más bien, partiendo de un conjunto de acuerdos básicos acerca de las aspiraciones nacionales de desarrollo, del papel del Estado en ese marco, de los desafíos y las oportunidades de la globalización, y de una correspondiente actualización, precisión y reafirmación de los objetivos estratégicos y principios que guían el accionar del ICE (en lo institucional, lo empresarial, lo económico y lo social), la tarea consiste en evaluar qué cambios se requerirían en los siguientes campos:

a) la estructura del mercado de telecomunicaciones,
b) la organización institucional e industrial del sector,
c) el marco regulatorio, y
d) la ley constitutiva de la institución (Ley 449).

Lo anterior, con el fin de garantizar el mayor aporte del ICE-Telecomunicaciones al desarrollo socioeconómico del país.

Así, el objetivo general consistiría en analizar los cambios requeridos en la estructura de mercado, en la organización institucional y en el marco regulatorio del sector telecomunicaciones en Costa Rica, lo mismo que en la ley constitutiva del ICE, para posibilitar que la institución pueda cumplir de manera exitosa con los objetivos estratégicos y los principios que inspiran su compromiso de aporte al desarrollo económico y social de Costa Rica. Lo anterior, inscrito dentro del contexto de las aspiraciones de desarrollo del país, el papel del Estado costarricense en ese horizonte y los desafíos y las oportunidades que la globalización representa, especialmente en el campo de las telecomunicaciones. Además, y como parte de esta tarea, deberían desarrollarse los siguientes objetivos específicos:

1) Evaluar rigurosamente la experiencia latinoamericana y caribeña y europea en materia de liberalización y

privatización del sector de telecomunicaciones en los años noventa y hasta la actualidad, con el fin de identificar las principales lecciones para Costa Rica y para el ICE de estos procesos, en los siguientes campos: a) cambios en la estructura del mercado, b) resultados en la organización institucional, c) eficacia del marco regulatorio, d) cumplimiento de los objetivos propuestos en las reformas llevadas a cabo, e) impactos sociales de las reformas.
2) Realizar una propuesta de actualización y precisión de los objetivos estratégicos del ICE y de los principios que deben guiar su accionar. Lo anterior validado por un proceso de consulta y confrontación de las distintas posiciones que al respecto aparecen en el debate nacional sobre la modernización y fortalecimiento del ICE, y los cambios requeridos en el sector de telecomunicaciones para enfrentar los desafíos de la globalización. Esta propuesta de actualización deberá basarse en un conjunto de acuerdos básicos, a nivel nacional, sobre la visión de desarrollo para Costa Rica, así como en la correspondiente participación del Estado en este proceso, esto es, sus principales funciones económicas y sociales.
3) Evaluar las diferentes opciones con que el país podría contar para modificar la estructura del mercado de telecomunicaciones, desde la continuación y el fortalecimiento del monopolio en la concesión de bandas de telefonía e Internet, hasta las opciones más factibles por el lado de la apertura, y proponer la estructura más adecuada para el sector en función de garantizar el mayor grado de cumplimiento de los objetivos estratégicos de la institución y su aporte al desarrollo económico y social de Costa Rica.
4) Evaluar las diversas opciones con que el país podría contar para modificar la organización institucional del sector de las telecomunicaciones, desde una amplia desintegración vertical y horizontal hasta un fortalecimiento de esta integración. Asimismo, de las formas de propiedad más adecuadas para garantizar el mayor grado de cumplimiento de los objetivos estratégicos de la institución y su aporte al desarrollo económico y social costarricense.

5) Evaluar las distintas opciones con que el país podría contar para fortalecer el marco regulatorio del sector de telecomunicaciones, desde el fortalecimiento de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos hasta la creación de una entidad especializada, teniendo como norte la garantía que dicho marco regulatorio debe ofrecer para asegurar la competitividad del sector, la calidad de los servicios y el cumplimiento de los objetivos económicos y sociales que sean definidos.

Utilizando los resultados anteriores se podrían proponer los ejes centrales de una reforma de la estructura institucional del ICE, de su Ley Constitutiva y de una Ley Marco para el sector de telecomunicaciones.

Capítulo XII

Elementos para una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo: de cara al TLC y el neoliberalismo

1. Introducción

Costa Rica, económicamente hablando (aunque también por su extensión geográfica y el tamaño de su población), no es un país pequeño, es un país diminuto. Por ello, toda estrategia de desarrollo económico que se enmarque en un determinado proyecto político de país, debe ser una estrategia de desarrollo "hacia fuera". En este punto y en el marco del actual orden económico internacional, no hay otra posibilidad [1].

---

[1] Hoy en día, ni siquiera países enormes en territorio, recursos y población, como China, pueden pretender una profunda transformación de su economía al margen del mercado mundial.

No obstante desarrollo "hacia fuera" no es sinónimo de "obsesión exportadora", ni de supeditación llana y simple a la actual estrategia neoliberal de acumulación de capital a escala mundial, llamada globalización, sino que debe consistir en un "desarrollo hacia fuera", pero "desde adentro" y "desde abajo".

"Hacia fuera", porque toda estrategia coherente de transformación económica que intente revertir el subdesarrollo debe tener como norte una exitosa integración (o al menos, una adecuada inserción), en el mercado mundial, tanto en el comercio de bienes como en el comercio de servicios. Esto implica una determinada especialización, si bien no cualquier especialización, en el marco de la división internacional del trabajo.

"Desde adentro", porque esa integración debe sustentarse en un desarrollo articulado de la economía nacional y de su tejido empresarial y productivo. Articulación significa, en este nivel, generación y apropiación del valor agregado y creación de encadenamientos productivos y de empleos de calidad; muy al contrario de los enclaves industriales y de exportación, que han sido la norma durante toda nuestra historia como país formalmente independiente.

"Desde abajo", porque la estrategia tiene que traducirse en un desarrollo no excluyente, en la construcción de una sociedad donde quepamos todos y todas, con la naturaleza incluida. No se trata de crecer para luego distribuir, sino que la propia racionalidad económica del proyecto transformador debe ser inclusiva. Además, debe consistir en un desarrollo desde lo local y lo regional.

La historia económica mundial nos da cuenta, hablando grosso modo, de dos tipos de inserción en el mercado mundial:

a) Una inserción autónoma, "desde adentro", o "endógena", que caracteriza a la mayoría de los países hoy industrialmente desarrollados. Esto, con independencia de su "grado de apertura".

b) Una inserción periférica, dependiente, que caracteriza a la mayor parte de los países llamados subdesarrolla-

dos, los cuales se integraron a la economía mundial capitalista mediante la llamada "relación centro-periferia".

No toda integración periférica en el mercado mundial conduce necesariamente al subdesarrollo, sin embargo este sí ha sido el resultado para América Latina y el Caribe, vasta, rica y diversa región que aun contando con enormes recursos que hubiesen posibilitado su desarrollo económico, ha estado postrada en el subdesarrollo durante los últimos doscientos años [2].

En el caso de Costa Rica, esta inserción periférica (con las necesarias particularidades históricas), se constituyó a lo largo del siglo XIX, tal como ocurrió con el resto de la región: nos transformamos en un país exportador de bienes agrícolas de escasa elaboración, cediendo además el control de la comercialización de estos bienes (café, banano, cacao, etc.). A cambio, nos convertimos en importadores de bienes manufacturados (para el consumo y la producción), procedentes de los países centrales [3].

Cuando a mediados del siglo XX se intentó un desarrollo industrial en el marco del Mercado Común Centroamericano (MERCOMUN), el esfuerzo rindió frutos durante unos pocos años (gracias al efecto multiplicador de la sustitución de importaciones en su fase inicial), para luego convertirse, como ocurrió en mayor o menor medida en toda América Latina y el Caribe, en un *enclave industrial*, en alto grado controlado por empresas transnacionales y sin la complementariedad regional y sectorial que se pretendía con el proyecto cepalino original.

---

[2] Los términos desarrollo y subdesarrollo se emplean en este ensayo para referirnos exclusivamente a la historia económica posterior a la primera revolución industrial, esto es, al período de consolidación definitiva del capitalismo (*modo de producción específicamente capitalista* —Marx). El término "atraso" resulta desde entonces inadecuado, aun cuando se lo puede utilizar para el período anterior al capitalismo industrial.

[3] Dejamos por fuera de este análisis las causas económicas, sociales y políticas "internas" que hicieron posible esta inserción periférica en el mercado mundial. Se trata, en gran medida, de las causas históricas del subdesarrollo.

Durante los últimos veinte años, y al amparo de las políticas neoliberales (estabilización y ajuste estructural, apertura comercial, promoción de exportaciones, atracción de inversiones, etc.), esta inserción periférica se ha concretado en cuatro ejes, que no solo no modifican lo esencial de la estructura periférica original (exportación de materias primas — importación de bienes manufacturados), sino que la han reforzado. Los ejes de la "modernización económica" de los últimos años son los siguientes:

a) El turismo (especialmente el turismo en gran escala y controlado por el capital transnacional)
b) La maquila (textiles, zonas francas de exportación, también predominantemente de capital transnacional)
c) La agroexportación de nuevos productos tropicales (piña, melón, plantas ornamentales, flores, algunos tubérculos, etc.)
d) Las remesas que se reciben de la "exportación" de mano de obra. En nuestro caso: $216 millones en 2004, según el Banco Central de Costa Rica [4].

Todavía se mantiene una industria "nacional" que dirige su producción hacia el mercado interno y centroamericano, con todo la misma se desnacionaliza progresivamente, al tiempo que su capacidad de arrastre sobre el resto de la economía es escasa y su dinamismo se encuentra estancado, como corresponde a todo típico enclave industrial.

Pues bien, la hipótesis central de este trabajo es que el Tratado de Libre Comercio con los EE. UU. (en adelante, "TLC"), vendría a sentenciar y profundizar, prácticamente a escribir en piedra, nuestra condición de país periférico y subdesarrollado. No sería el Apocalipsis, aunque si proba-

[4] Según el censo de los EE. UU. del año 2000, en ese momento había 70.000 costarricenses viviendo legalmente en esa nación, pero según datos de los consulados, se estima que en la actualidad al menos residen allá 220.000, en su mayoría ilegales, y si bien esa cifra es pequeña comparada con los emigrantes salvadoreños, mexicanos o guatemaltecos, aun así representa el 5,5% de nuestra población (Cfr: "Miles de costarricenses viven ilegales en EE. UU", *La Nación digital*, 13.03.2005).

blemente la ruina para cientos o miles de pequeños productores y empresarios que por múltiples razones (llamadas por lo común, "asimetrías"), no tendrían opción de competir con las importaciones procedentes del norte; además de poner en jaque nuestro Estado Social de Derecho y nuestra condición de República soberana. Lo que el TLC sí implicaría sin vacilación, es una tácita renuncia al desarrollo, renuncia que de todas maneras ha sido la tónica, con algunos momentos excepcionales, por parte de nuestras clases dominantes a lo largo de la historia.

Nuestra segunda hipótesis la planteamos en forma de pregunta: ¿Acaso no hay salida frente a esta disyuntiva? ¿Acaso reforzar el modelo de inserción periférica es nuestra mejor opción, o incluso, nuestra única opción? Nuestra respuesta a tal interrogante es un rotundo *no*.

Y una tercera hipótesis, quizás la más importante: a pesar de que podemos vislumbrar y proponer una estrategia de reversión y superación del subdesarrollo, esta sería bloqueada por el modelo y las políticas subyacentes al TLC. Por eso, se trata, efectivamente, de una renuncia al desarrollo, en la medida en que una estrategia alternativa lo haría posible.

En resumen, si bien los proponentes y defensores del TLC nos pretenden convencer de que con este tratado el país estaría dando un paso notable hacia el desarrollo (o al menos sería un componente esencial del mismo), en realidad se trata de la consolidación del subdesarrollo y la renuncia al desarrollo.

2. Una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo

Comencemos aclarando que utilizamos el concepto "estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo" y no el tradicional "estrategia de desarrollo", porque el primero está orientado, más que a pretender "superar" el subdesarrollo, a crear condiciones para revertirlo. Lo anterior por cuanto la superación del subdesarrollo no depende solamente de los esfuerzos nacionales o regionales que se puedan poner en práctica

en un determinado país, sino además, y muchas veces de manera fundamental, de condicionantes estructurales impuestos por el actual orden económico y político mundial.

La mayor debilidad de las teorías estructuralistas y neoestructuralistas sobre el desarrollo (y estas se encuentran entre las más avanzadas en América Latina y el Caribe), reside, precisamente, en su punto de partida, ya que las mismas parten de la existencia de un núcleo de industrialización ya presente pero incipiente o deformado (América Latina y el Caribe, se dice, es ya una región semiindustrializada), y conciben el desarrollo como una simple extensión de este núcleo, sea a partir del empuje de la inversión extranjera, o bajo la preponderancia del capital nacional. Al enfocar el problema de este modo, no se examina la estructura económica (en especial la estructura de las inversiones) de la industria incipiente (o deformada), sino que, sobre la base de la misma y sin mayor crítica, se deducen las condiciones necesarias para su ampliación, muchas veces entendidas como "obstáculos o restricciones por remover".

El resultado de este análisis es siempre el mismo: una dinámica expansiva del desarrollo industrial ya existente únicamente es posible si se cumplen, al menos, las siguientes tres condiciones:

a) una ayuda económica externa significativa,
b) una estabilización de los términos del intercambio del comercio exterior,
c) un amplio acceso a los mercados de los centros desarrollados.

Posteriormente, en los años ochenta, y al calor de las tesis neoliberales predominantes, se agregó una cuarta condición adicional:

d) una sólida estabilidad macroeconómica o, mejor aún, un adecuado "clima de inversión".

En los diferentes períodos históricos suelen privilegiarse unos u otros de estos factores condicionantes. Así por ejem-

plo, las condiciones a) y b) se enfatizaban en las discusiones sobre comercio y desarrollo en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, mientras que en las dos últimas décadas se han privilegiado las condiciones c) y d).

Es difícil plantear en un ámbito teórico general una "estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo", aun así debemos intentarlo, aunque sin pretender que la misma tenga validez, en las actuales condiciones del orden económico mundial, para todo el mundo subdesarrollado. Lo anterior por cuanto el examen del problema del subdesarrollo y la factibilidad de la estrategia sugerida para su reversión, requiere que se analicen en profundidad las estructuras económicas, sociales y políticas compatibles con este proceso; los factores geopolíticos y geoeconómicos condicionantes al nivel regional y mundial; lo mismo que las "condiciones iniciales" de cada país y región. No obstante nos parece necesario emprender esta tarea, aun cuando el resultado sea provisional y limitado.

El fenómeno más llamativo y que debemos explicar es el siguiente: mientras que en los países capitalistas subdesarrollados, todos los intentos de desarrollo económico por medio de la industrialización han conducido al estrangulamiento de la misma y a la consiguiente transformación de la industria naciente, sea en enclave industrial (sustitución de importaciones), sea en enclave de exportación (maquila, agroexportación), una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo requeriría que este proceso sea dinámico, autosostenido, expansivo, con capacidad de arrastre sobre el resto de la economía y sustentable. Esto de manera que no conduzca rápidamente al estancamiento (absoluto o relativo), tal como ha ocurrido en las experiencias latinoamericanas y caribeñas de industrialización.

De forma paralela, este posicionamiento hacia el desarrollo debería llevarse a cabo (para reducir el riesgo de un estrangulamiento externo), con una dependencia mínima, o al menos, sostenible a largo plazo, con respecto al necesario financiamiento externo requerido y, por consiguiente, con respecto asimismo a las respectivas importaciones de equipo y tecnología; pese a que esto sea mucho más difícil de lograr

en el caso de los países pequeños, tal como lo es Costa Rica y la mayoría de los países de América Latina y el Caribe considerados de modo individual (con la posible excepción de Brasil). Si bien el crédito externo cumple un papel importante, este debería concentrase en solucionar los cuellos de botella que se producen en todo esfuerzo de industrialización y de impulso hacia el desarrollo; a la vez que el ahorro interno permite financiar los proyectos estratégicos. Esto último, ciertamente, demanda una política deliberada de fomento del ahorro y de su canalización hacia la inversión productiva y reproductiva.

El punto medular es que los países latinoamericanos y caribeños, aunque con significativos avances parciales en el pasado (desarrollismo de los años cincuenta y sesenta, por ejemplo), han fracasado de manera rotunda en sus proyectos de desarrollo, aun contando, algunos de ellos, con enormes riquezas mineras, energéticas, naturales, o con poblaciones relativamente bien educadas (amplias clases medias, por ejemplo). Debemos buscar las causas de este fracaso, en el tipo de inserción que estos países han tenido en el mercado mundial capitalista y en las estructuras económicas y de clases que se han implantado y consolidado a partir de determinada conjunción de intereses entre las clases dominantes del centro y de la periferia. Debemos por tanto analizar qué tipo de estructura económica permitiría, al menos en potencia, una estructura social que haga posible un "posicionamiento hacia el desarrollo".

3. El caso del "país pequeño"

Es obvio que la situación es harto más difícil en el caso de que se intente realizar esta estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo en espacios económicos pequeños. Si bien es difícil cuantificar la distinción entre espacios económicos grandes y espacios económicos pequeños, aquí planteamos esta distinción en un sentido económico y tecnológico, como resultado de las condiciones de la división social y técnica del trabajo en el espacio mundial. Podemos definir el espacio

económico grande como aquel en el cual resulta económicamente factible una política de plena o alta autonomía, y el espacio económico pequeño como aquel donde solo es posible alcanzar una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo mediante la integración en un sistema de división internacional del trabajo, cuya extensión sea mayor que el espacio limitado por las fronteras políticas del país referido. Es claro que Costa Rica, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos y caribeños, con la posible excepción de Brasil, es un país pequeño (incluso diminuto). De igual forma, es claro que la globalidad del *mundo entero impone hoy una* división internacional del trabajo que también alcanza a todo el planeta, por lo que incluso para espacios económicos grandes apenas se puede tratar de una autonomía relativa.

La estrategia de desarrollo en el espacio económico pequeño no puede proporcionar el mismo grado de autonomía y soberanía nacional que en el caso del espacio económico grande. El país pequeño debe integrarse obligatoriamente en uno o varios espacios económicos grandes, lo cual impone condicionamientos externos inevitables. La estrategia de desarrollo no puede ser la misma que en el caso del espacio grande. No puede centrarse, de modo exclusivo, en la creación de los nuevos medios de reproducción —esto nada más es posible en el espacio económico grande—, sino que, junto con la reproducción de estos medios en sectores seleccionados, debe centrarse en el comercio internacional de importaciones y exportaciones, tanto de bienes como de servicios. Sigue siendo válido el principio de la limitación del uso de tecnología moderna para producir bienes de consumo (los cuales en una medida significativa podrán importarse, aunque dentro de una estrategia de seguridad alimentaria y de seguridad energética), pero ya no puede existir una concentración preponderante en el sector 3 (el de la inversión reproductiva), sino solo una concentración selectiva en ese sector. Al mismo tiempo, en el sector 3 surge por necesidad otro circuito, también cerrado, que puede ser descrito como un circuito donde las importaciones se hacen con preferencia en función del aumento de las exportaciones de alto valor agregado, lo que es muy diferente de la "obsesión expor-

tadora" seguida por América Latina y el Caribe como parte de las políticas de los ajustes estructurales.

Es obvia la posibilidad de que se establezca un circuito de concentración de las importaciones constituido en función de mayores exportaciones que, a su vez, determinan mayores importaciones que vuelven a concentrarse para obtener exportaciones de mayor magnitud y alto valor agregado, circuito que describe una forma concreta de acumulación. Sin embargo, la descripción de un circuito de este tipo pone de manifiesto la existencia, en estas condiciones, de un espacio económico pequeño con fuertes determinaciones externas, sobre las cuales no se puede influir directamente.

Estos condicionantes externos originan una dependencia característica del espacio económico pequeño en cualquier circunstancia. Dependencia que puede, sin duda, determinar ritmos menores en su desarrollo, pero de ninguna manera conduce a un estrangulamiento y a la consiguiente transformación de la industria en enclave industrial, tal como sí ocurre en el típico país capitalista subdesarrollado.

En estas condiciones, la opción más lógica del país pequeño es la política de integrarse en varios espacios económicos grandes al mismo tiempo. Ahora que, esto no es siempre posible, y el grado de tal posibilidad determina, en definitiva, el grado de dependencia que el país pequeño debe aceptar. Pueden existir diversos tipos de determinación externa que limitan esa posibilidad de independencia. Por supuesto, pueden existir impedimentos de tipo político, cuando un cierto país o región tiene el poder para rechazar, debido a razones políticas inmediatas, la integración de otro país en su espacio económico. Ello ocurre, por ejemplo, con el bloqueo hacia Cuba por parte de los EE. UU.

Pero hay asimismo determinaciones externas producidas por razones técnicas y económicas. Si la estrategia de desarrollo debe basarse de modo preponderante en un circuito de exportaciones-importaciones, las condiciones tecnológicas y económicas de los demás países condicionan de manera directa la posibilidad de este circuito. Además, y como ya hemos insinuado, en un mundo de permanentes tensiones geopolíticas, hay dos áreas estratégicas para el

desarrollo que no pueden supeditarse al principio general de concentración de las inversiones en el sector 3 ni a los cálculos económicos (economicistas) del comercio de exportación-importación: la seguridad alimentaria y la política energética. En ambos casos, la estrategia de desarrollo debe buscar la mayor independencia posible, sin que ello implique no tomar en cuenta del todo criterios económicos de racionalidad formal (eficiencia, competitividad) [5].

Una de las primeras opciones siempre consistirá en la posibilidad de industrialización de las materias primas que hasta ahora se exportan directamente y sin mayor valor agregado (café, banano, azúcar, aceites oleaginosos, productos del mar, productos lácteos, etc.). No obstante, los países desarrollados suelen poner restricciones a este tipo de exportaciones de los países subdesarrollados, manteniendo un fuerte control sobre la industrialización y comercialización de estas materias primas o bienes agrícolas. Por ejemplo, en el TLC entre Centroamérica y los EE. UU., este país ha excluido del "libre comercio" el azúcar refinada, limitándose a ampliar la cuota ya existente para el azúcar cruda.

Otra opción es intentar, en algunos casos, transformar los enclaves industriales de exportación en aglomerados de empresas *(clusters)* nacionales o regionales que se posicionen

---

[5] Con respecto a la seguridad alimentaria, un buen argumento lo ha dado el propio presidente de los EE. UU., George W. Bush, aunque evidentemente, lo aplica solo a su propio país, al tiempo que lo niega para los países latinoamericanos y caribeños: "Es importante para nuestra nación cultivar alimentos, alimentar a nuestra población. ¿Pueden ustedes imaginar un país que no fuera capaz de cultivar alimentos suficientes para alimentar a su población? Sería una nación expuesta a presiones internacionales. Sería una nación vulnerable. Y por eso cuando hablamos de agricultura americana en realidad hablamos de una cuestión de seguridad nacional" (Discurso de aprobación de la Ley Agrícola *(Farm Bill)*, citado en Carazo, Eva: "Implicaciones del TLC desde la perspectiva de la agricultura familiar campesina", en María Florez-Estrada y Gerardo Hernández (editores): *TLC con EE. UU. Contribuciones para el debate. ¿Debe Costa Rica aprobarlo?* (San José, Instituto de Investigaciones Sociales-Universidad de Costa Rica, 2004). Con respecto a la seguridad energética el punto medular es que la era de los combustibles fósiles está entrando en sus últimos años, y es absolutamente esencial que un país se posicione lo más favorablemente posible en el nuevo régimen energético que está por venir.

de forma más favorable en la respectiva cadena global de mercancías. Este podría ser el caso de los textiles en Centroamérica. Pero esta opción prácticamente demanda una ruptura con el modelo maquilador impuesto por los EE. UU. a partir de los años ochenta, en el cual las prendas de vestir producidas en la región tienen que elaborarse, preponderantemente, con materias primas importadas de los EE. UU. En lo fundamental, el TLC mantiene esa sujeción.

Regiones que cuenten con una dotación de recursos naturales apta para el turismo de masas, pueden optar por originar un conglomerado de pequeñas y medianas empresas en torno a la actividad turística, favoreciendo a la vez la democratización de la propiedad y fuertes encadenamientos productivos que permitan crear, retener y distribuir internamente un alto valor agregado nacional. De nuevo, los acuerdos de comercio e inversión, lo mismo que las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) restringen severamente esta posibilidad, al exigir "trato nacional", "acceso a mercados" y ausencia de requisitos de desempeño (entre otros "derechos") en favor de las empresas transnacionales.

Estas tres opciones deben ciertamente respetar las condiciones generales que rigen el mercado al que se destina esta producción. Nos referimos, en especial, a las exigencias respecto de la calidad de los productos y servicios elaborados. Los grandes mercados de los países industrializados tienen diferentes exigencias de calidad, que dependen del grado de desarrollo alcanzado por estos países, si bien hoy tienden a estandarizarse. Las exigencias de calidad, refinamiento y presentación pueden también ser diferentes, según las distintas regiones y culturas, y siempre será importante enfrentar las barreras no arancelarias que suelen imponer los países industrialmente desarrollados.

Una estrategia de posicionamiento hacia el desarrollo debe ajustarse a estas situaciones, y al hacerlo tropieza con un problema que no existe en las condiciones del espacio económico grande: el problema de la interdependencia cualitativa de la producción. Si la estrategia de desarrollo concentra la producción industrial exportable en determinados bienes y servicios, dejando sobrevivir determinadas activi-

dades de tipo tradicional, se hará más difícil alcanzar un nivel de calidad comparable al que pueden lograr países cuyo nivel técnico e industrial es más homogéneo. Sin duda, esta interdependencia influye en diferente medida en el potencial de los diversos bienes manufacturados para la exportación, pero de todas maneras, constituye un obstáculo adicional y de mayor envergadura que en el caso de las estrategias de desarrollo en espacios económicos grandes.

Una cuarta opción se encuentra en la posibilidad de aprovechar al máximo la localización de la inversión extranjera para potenciar sus encadenamientos con el sector empresarial y el sector público nacionales; aunque en este caso conviene no caer en la ilusión de que la inversión extranjera cumpla el papel de motor del desarrollo. La inversión extranjera puede cumplir un papel relevante, incluso imprescindible, en toda estrategia de desarrollo para un país pequeño, aun así, en última instancia y con contadas excepciones, se trata de un papel complementario. No obstante, la política de "cero distorsiones" que hoy exigen las empresas transnacionales en materia de inversión extranjera, prácticamente anula esta posibilidad, impidiendo que los países subdesarrollados fijen ciertas condiciones para asegurar un mínimo de "calidad" y aporte al desarrollo de esas inversiones.

En cualquier caso, la estrategia de desarrollo para un país pequeño debe enfrentarse con la necesidad de sustituir con rapidez su papel periférico en el comercio internacional basado en el intercambio de materias primas o productos de la industria de la maquila de baja elaboración, para avanzar hacia una inserción en el mercado mundial basada en el intercambio de bienes manufacturados o servicios de alto valor agregado. No hay otra salida para el problema del desarrollo; no al menos en el marco del orden económico actual. No es determinante, en este caso, si los bienes manufacturados para la exportación se elaboran a partir de materias primas hasta ahora exportadas o no, lo central es que se sustituya la exportación de materias primas y maquila de bajo valor agregado por exportaciones de bienes y servicios elaborados en tal grado que sea posible emplear plenamente la fuerza de trabajo más calificada con el concurso de medios

de producción de tecnología moderna. Por lo tanto, y con las excepciones antes comentadas, el circuito de acumulación entre exportaciones e importaciones tiene que ser en este caso la base de la estrategia de desarrollo.

Llegamos entonces a la quinta opción: la exportación de servicios de alto valor agregado. La transformación (privatización, mercantilización) de los servicios es una de las puntas de lanza de la nueva fase de acumulación a escala mundial, y su principal obstáculo no está en tener acceso a las tecnologías modernas, pues una política nacional en ese sentido lo haría posible. Esto, al menos, mientras en este vasto campo no ocurra una ruptura como la sucedida a mediados del siglo XIX entre tecnología moderna y tecnología tradicional, resultado que está en proceso pero que todavía no ha ocurrido de forma definitiva.

Es decir, en el campo de algunos de los nuevos servicios que hoy se se crean y comercializan a nivel mundial, aún no ha ocurrido un corte tecnológico como el que truncara los proyectos de industrialización y desarrollo en América Latina y el Caribe durante el siglo XX. En estas áreas, el "factor de producción" crucial sigue siendo, no los nuevos medios de producción (tecnología dura), sino el conocimiento, una fuerza de trabajo altamente educada y capacitada (la subsunción real no ha ocurrido y los desniveles tecnológicos no son abismales). Por ello, los países, incluso subdesarrollados, que dispongan de un cúmulo histórico significativo en materia de salud, educación, ciencia y tecnología, y que redoblen sus esfuerzos en esta dirección, tendrán posibilidades, si no de superar el subdesarrollo en toda su amplitud, si al menos de revertir los aspectos más grotescos del mismo, como la pobreza extrema, los bajos niveles de ingreso, la precariedad de las instituciones democráticas o la destrucción ambiental.

Inclusive un pequeño país como Costa Rica, siempre y cuando se decida a realizar las transformaciones necesarias en el sistema educativo y a acometer las políticas de Estado necesarias en materia de ciencia y tecnología, podría incursionar con éxito en el campo de las nuevas tecnologías de la información, las infocomunicaciones, la telemática, la producción de *software* para computadoras, los servicios

empresariales, la educación superior y la salud curativa, reconstructiva y estética, entre otros. Asimismo se presenta muy prometedora la investigación científica relacionada con la biodiversidad y eventualmente, en la biotecnología, al igual que en la búsqueda de nuevas fuentes de energía limpia, como el ciclo agua-hidrógeno. Estos deberían ser los ejes claves de la estrategia de desarrollo, en lo que corresponde a la transformación económica [6].

Para el logro de estos objetivos es fundamental la posibilidad de impulsar políticas de Estado universales en el campo de las telecomunicaciones y, en especial, de la telemática, a fin de asegurar acceso universal a la información, las comunicaciones y el conocimiento, hoy cada vez más digitalizados. En la actualidad, en un país como Costa Rica, esto pasa por el control estatal de las *telecomunicaciones, pilar que se debilita considerablemente con el TLC*. Otro punto esencial, en lo que al tema del conocimiento se refiere, se relaciona con la posibilidad —hoy amenazada por la biopiratería— de resguardar el conocimiento indígena y campesino en campos como la medicina curativa o las prácticas de cultivo, además del uso adecuado de nuestra biodiversidad.

4. El TLC: la renuncia al desarrollo

La actual revolución científico-tecnológica en curso ha creado, si bien no por mucho tiempo, limitados espacios para el aprovechamiento de las nuevas condiciones tecnológicas por parte de los países subdesarrollados en algunos sectores de alta tecnología, en particular en el campo de los servicios. No obstante, la pretendida transformación de la subsunción formal del trabajo general en subsunción real en estos sectores, está cerrando rápidamente estos espacios. Por un corto

---

[6] Una estrategia integral de desarrollo no se limita al plano económico, sino que debe involucrar, por lo menos, dos aspectos centrales adicionales: el horizonte utópico y la estrategia política en torno a la reformulación del Estado y el papel de la sociedad civil. En este ensayo, sin embargo, dejamos de lado estos aspectos.

lapso, la ciencia, o un segmento de ella, mantiene todavía un carácter (limitado) de propiedad social, con algunas posibilidades de acceso y difusión. Pero solo una política deliberada podrá aprovechar esta posibilidad temporal de crear o transformar nuevos sectores que permitan una integración no periférica en el mercado mundial.

Esta posibilidad, para poder ser aprovechada, requiere de un gran esfuerzo nacional en procura de sentar las bases científicas y tecnológicas que permitirían hacer de la biotecnología, la inteligencia artificial, la telemática y las nuevas tecnologías de la información (entre otras), la punta de lanza de una estrategia de desarrollo. Esto a su vez demanda una revolución en nuestro sistema educativo e institucional, y en nuestra aptitud hacia romper con los círculos viciosos que nos atan al subdesarrollo.

Con una integración-anexión como la que propone el TLC con los EE. UU., esta ya de por sí difícil y compleja oportunidad no sería del todo posible, porque el país renunciaría a un posible desarrollo autónomo de los servicios de punta y del conocimiento, que serían presa fácil de las empresas transnacionales.

En el caso de los servicios, con el TLC habría que aceptar la imposición del principio de "trato nacional" y "acceso a mercado", no solamente para los servicios estratégicos ya existentes, sino para todos los que se puedan desarrollar en el futuro, lo que en medio de una profunda revolución científico-tecnológica que alterará de manera drástica la matriz mundial de insumo-producto, es prácticamente un suicidio[7]. Además, en el TLC Costa Rica renuncia a los pocos espacios que concede el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) de la OMC para limitar los procesos de

---

[7] Refiriéndose a las ventajas para los EE. UU. de imponer en los TLC el enfoque de las listas negativas, un informe de la Comisión de Comercio Internacional (USTIC) señala: "...un beneficio adicional de las listas negativas es que las obligaciones acordadas son automáticamente extendidas a servicios que todavía tienen que ser creados o traídos al mercado" (United States international Trade Commission (USTIC), "U. S. —Central America-Dominican Republic-Free Trade Agreement: Potential Economywide and Selected Sectoral effects", 2004, pág. 58. En: www.usitic.gov/pub/reports/studies/pub3717.

liberalización de los servicios en función de niveles y metas de desarrollo.

La privatización de los servicios de bioprospección y su inclusión en las disposiciones del Capítulo Diez (Inversión), imposibilitarían utilizar esta enorme riqueza nacional como base para un desarrollo autónomo de la biotecnología. Amén de las obligaciones incluidas en materia de propiedad intelectual en procura de consolidar el monopolio del conocimiento que en la actualidad ostentan los países industrialmente desarrollados y sus empresas transnacionales, lo mismo que el arrebato del conocimiento indígena y campesino (biopiratería).

Las normas pactadas en este mismo Capítulo Diez sobre requisitos de desempeño, limitan considerablemente la posibilidad de una estrategia hacia la inversión extranjera que potencie el eventual impacto favorable de esta sobre el desarrollo nacional.

La privatización solapada del Instituto Costarricense de Electricidad, sería un obstáculo formidable para transformar la telemática en pilar de una estrategia de exportación de servicios de alto valor agregado.

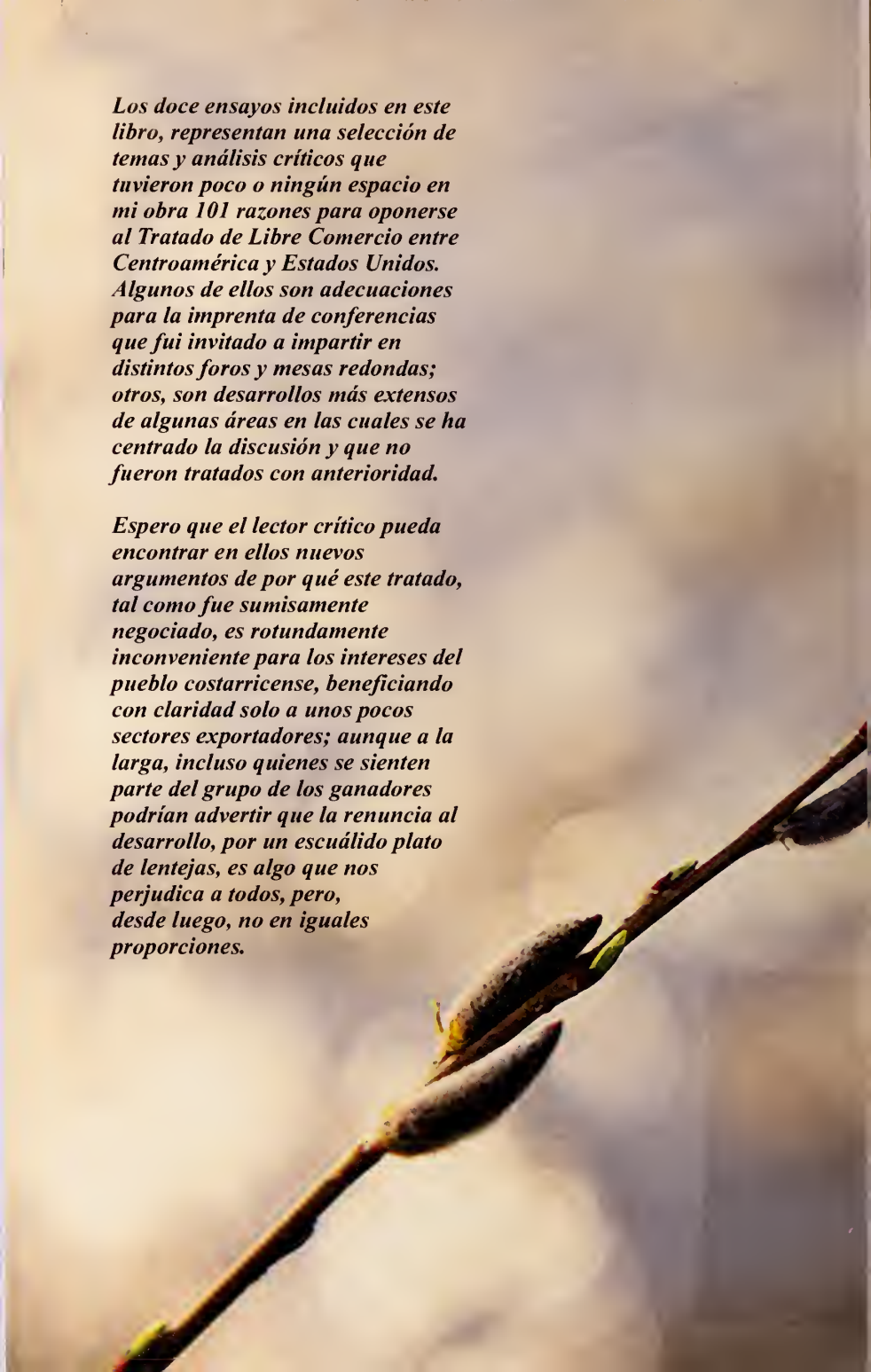
La desregulación, prácticamente total, que el TLC ofrece a la educación privada convertida en simple mercancía, limitaría la capacidad del Estado costarricense de establecer políticas nacionales en un campo absolutamente central dentro de la estrategia propuesta.

Y por si fuera poco, las exclusiones a la apertura comercial impuestas por los EE. UU. a productos como el café soluble, el azúcar procesado y las normas de origen en textiles, sentencian el papel de Costa Rica como exportador de materias primas o maquilador de procesos de ensamble y montaje final. En general, las normas de origen negociadas pretenden ampliar y profundizar el papel de Centroamérica como una gran fábrica maquiladora que explote su principal "ventaja comparativa": los bajos costos salariales.

En definitiva, quizá el TLC no sería el Apocalipsis para la economía costarricense en su conjunto (con seguridad sí para algunos sectores productivos expuestos a una competencia absolutamente desleal), pero sí, una vez más, la renun-

cia al desarrollo y la consolidación de un modelo de integración periférica y dependiente al mercado mundial, en especial al mercado estadounidense. También sería la renuncia a ser Nación, la renuncia (en condiciones escandalosamente asimétricas) a una vasta porción de nuestra soberanía, sin embargo este es un tema de otra discusión, aunque de tanta o mayor trascendencia. El desarrollo con dignidad no es un lujo, es el único posible.

Princeton Theological Seminary Library
1 1012 01516 9040

Los doce ensayos incluidos en este libro, representan una selección de temas y análisis críticos que tuvieron poco o ningún espacio en mi obra 101 razones para oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos. Algunos de ellos son adecuaciones para la imprenta de conferencias que fui invitado a impartir en distintos foros y mesas redondas; otros, son desarrollos más extensos de algunas áreas en las cuales se ha centrado la discusión y que no fueron tratados con anterioridad.

Espero que el lector crítico pueda encontrar en ellos nuevos argumentos de por qué este tratado, tal como fue sumisamente negociado, es rotundamente inconveniente para los intereses del pueblo costarricense, beneficiando con claridad solo a unos pocos sectores exportadores; aunque a la larga, incluso quienes se sienten parte del grupo de los ganadores podrían advertir que la renuncia al desarrollo, por un escuálido plato de lentejas, es algo que nos perjudica a todos, pero, desde luego, no en iguales proporciones.